Der Einfluß

des factischen Irrthums

auf die

Strafbarkeit

versuchter Verbrechen

nach

allgemeinen Prinzipien, nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechtes und mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen und Gesetz-Entwürfe

dargestellt

von

Dr. Carl Eduard Pfotenhauer,

Docenten der Rechte an der Universität Halle-Wittenberg.

Leipzig,

Gebrüder Reichenbach.

1838.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Vorwort.

Unter dem Titel: Einfluß des factischen Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen war ich Anfangs Willens gewesen, eine aus zwei Hauptabschnitten bestehende Schrift erscheinen zu lassen, wovon der erste die versuchten, der andere die vollendeten Verbrechen und deren Strafbarkeit unter jenem Einflusse betrachtet enthalten sollte. Ungeachtet nun die academischen Lehrvorträge, welche ein Privatdocent aus bekannten und unbekannten Gründen am wenigsten Semesterweise aussetzen darf, und mit welchen ich es noch nicht bis zu sauber ausgearbeiteten Heften habe bringen können, einen guten Theil meiner Zeit in Anspruch nehmen; so würde mir es doch gelungen sein, dieses Vorhaben schon jetzt vollständig in Ausführung zu bringen, wären nicht eines Theils mancherlei Widerwärtigkeiten dem freien Selbststudium leider nur zu oft hindernd entgegengetreten, und hätte anderen Theils nicht der Umstand, daß gerade während und besonders gegen

Digitized by Google

Ende der Ausarbeitung dieser Schrift eine Menge Abhandlungen [1]) und Bücher [2]) erschienen, welche nicht unberücksichtigt bleiben durften, dazu beigetragen, das schnellere Vorwärtsschreiten zu hemmen und den Umfang der gegenwärtigen Schrift bedeutend zu erweiteren.

Da nun überdem besondere Verhältnisse es von meiner Seite wünschenswerth machen, baldmöglichst mit einem literarischen Producte hervorzutreten, so habe ich den oben erwähnten ersten Hauptabschnitt unter dem Titel: Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen in Gestalt einer besonderen Abhandlung dem Drucke zu übergeben, um so weniger Bedenken getragen, als derselbe nach Form und Inhalt ein selbstständiges geschlossenes Ganze bildet.

Mit dem Erscheinen der zweiten Abhandlung: „Ueber den Einfluß des Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbar-

---

1) Namentlich die weiter unten angeführten Abhandlungen von Heffter, Hepp, Roßhirt u. A., sowie die hierher bezüglichen Bemerkungen in den Motiven und Beiträgen zu den neueren Strafgesetzentwürfen.

2) Namentlich die bereits früher erschienenen, aber mir später erst zu Gesicht gekommenen Bemerkungen Bauer's zu dem Hannoverschen Strafgesetzentwurf, ingleichen die Schriften von Zachariä und Luden über den Versuch der Verbrechen.

Digitized by Google

keit vollendeter Verbrechen“ [3]), welche ich in der nächsten Ostermesse nachzuliefern gedenke, wird für die Besitzer beider Abhandlungen noch ein allgemeines Titelblatt mit der im Eingange dieses Vorwortes bezeichneten Ueberschrift erscheinen, und ich gedenke dann diesem ersten Bande eine Reihe von Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Criminal-Rechts folgen zu lassen, zu welchen schon mannigfache Vorarbeiten bereit liegen.

In nächster Beziehung auf die vorliegende Schrift aber, in welcher mit anderen Worten die in unseren Tagen so vielseitig besprochene und selbst in den Landtagsverhandlungen [4]) zwischen Rechtsgelehrten gegenüber von zum Theil hochgestellten Personen von allgemeiner wissenschaftlicher Bildung lebhaft debattirte Controverse über die Strafbarkeit der sogenannten un-

---

3) Diesen Gegenstand behandelte ich schon in meiner Inauguralschrift de delicto per errorem in persona commisso. Halle 1828 (Recens. im N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. XI. p. 710), welcher, ob sie gleich nicht im Buchhandel erschien, das unerwartete Glück zu Theil geworden ist, in mehreren neueren Schriften theils Billigung, theils Widerspruch zu erfahren. — Daß es übrigens in der obigen Abhandlung nicht auf eine bloße Uebersetzung dieser Dissertation abgesehen ist, bedarf wohl kaum einer Versicherung.

4) S. z. B. die Mittheilungen über die Verhandlungen auf dem Sächsischen Landtage. Dresden 1837. No. 31. p. 389 flg.

Digitized by Google

tauglichen Verſuchshandlungen erörtert wird, habe ich ſchlüßlich noch wegen zweier Punkte die Nachſicht des Leſers in Anſpruch zu nehmen. Einmal nämlich — und hierin bedürfen wir der Entſchuldigung eines Jeden — konnte es nicht fehlen, daß das Berückſichtigen der erſt im Laufe der Arbeit erſchienenen oder mir bekannt gewordenen Schriften einen mehr oder weniger ſtörenden und nachtheiligen Einfluß auf die Form der Darſtellung äußern mußte. Sodann aber habe ich mich bei den vielen und verſchiedenen Anſichten, welche zu beurtheilen und zum Theil zu widerlegen waren, zuweilen vielleicht zu einem etwas lebhafteren Widerſpruche hinreißen laſſen, und den in dieſer Beziehung etwa betheiligten Leſern möge die Verſicherung genügen: **Non est mihi vitium in animo, sed in re tantum esse videbatur.** —

Halle, im Januar 1838.

Der Verfaſſer.

Digitized by Google

Inhaltsanzeige.

Seite

Vorwort . . . . . III — VI

§. 1. Einleitung. Ausscheidung des Fremdartigen. 1

§. 2. Nähere Bezeichnung der Controverse, welche den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht. 3

§. 3. Ergebniß des bisher geführten Streites. Insbesondere die beiden extremen Ansichten (Feuerbach und Tittmann). 6

§. 4. Die vermittelnde Ansicht. 15

§. 5. Kritik der aus der Tittmann'schen Ansicht zur Widerlegung derselben gezogenen Folgerungen. 29

§. 6. Selbstständige Gründe für die Nothwendigkeit der Causalverbindung. 37

§. 7. Prüfung dieser Gründe; und zwar 1) der Merkmale des Versuchs. 41

§. 8. 2) In Ansehung des Grundes der Strafbarkeit des Versuchs. 56

Digitized by Google

Seite

§. 9. Ansicht der Verfassers; und zwar 1) nach allgemeinen Prinzipien 79

§. 10. 2) Nach den Aussprüchen des positiven Rechtes; u. zwar a) des Römischen Rechts. 119

§. 11. b) Nach dem Art. 178. der P. G. O. 161

§. 12. c) Bestimmungen der neueren Landesgesetze und Strafgesetz-Entwürfe. 193

Digitized by Google

§. 1.

Einleitung.

Da es nicht in unserem Plane liegt, Irrthum und Unwissenheit [5]) ihrem ganzen Umfange nach, sondern vorzugsweise den Irrthum über Thatsachen, und zwar auch diesen nur insoweit zum Gegenstande unserer Untersuchung zu machen, als er auf die Ausführung eines bereits beschlossenen Verbrechens einwirkt; so wollen wir vor Allem die Grenzen dieser Abhandlung durch Ausscheidung des Fremdartigen etwas genauer zu bestimmen suchen.

Diesemnach müssen wir als nicht in unser Gebiet gehörend von der Hand weisen:

1) Alle diejenigen Handlungen, welchen ein **error juris** zu Grunde liegt, sei es, daß ihr Urheber sich auf Unkenntniß

---

5) Irrthum und Unwissenheit sind zwar dem Begriffe nach verschieden, kommen aber im praktischen Leben, wiefern sie Ursache von Handlungen werden, getrennt nicht wohl vor. Denn dem Irrthum geht immer eine Unwissenheit vorauf, und nicht die letztere an und für sich, sondern erst die durch dieselbe erzeugte falsche Vorstellung wird Grund der Handlung. So erklärt es sich, warum schon die Römischen Juristen die Ausdrücke **error** und **ignorantia**, ungeachtet ihrer Begriffsverschiedenheit, **promiscue** gebrauchen, und beiden einen gleichen rechtlichen Einfluß zugestehen.

Digitized by Google

des Strafgesetzes beruft, also seine That für erlaubt oder wenigstens nicht für strafgesetzwidrig hielt, oder daß er umgekehrt fälschlich glaubte, die Handlung stehe unter einem Strafgesetze, da dies doch nicht der Fall war, wofür man nicht unpassend die Bezeichnung **delictum putativum s. sola opinione admissum** [6]) gebrauchen könnte;

2) Alle theils im Zustande gänzlich unverschuldeten und unbesiegbaren Nichtwissens erzeugten, theils in Folge der Vornahme einer völlig erlaubten Handlung eintretenden, mit menschlicher Klugheit nicht vorauszusehenden Rechtsverletzungen (**delicta casu magis, quam voluntate admissa** — Scheinverbrechen) [7]);

3) Diejenigen vorsätzlich verübten Verbrechen, zu deren Vornahme der Thäter durch eine irrthümliche Voraussetzung allererst determinirt wurde, z. B. der von Eifersucht geplagte Ehemann beschließt den Tod seiner unschuldigen Frau, weil er sich von ihrer Treulosigkeit überzeugt hält [8]). Die in diese Kategorie gehörigen Fälle bieten gar keine Besonderheiten dar, sie sind und bleiben, des Irrthums ungeachtet, als was sie sich auch äußerlich darstellen, wahre Verbrechen, und könnten dann höchstens als blos durch Fahrlässigkeit bewirkt betrachtet und bestraft werden, wenn sie

---

6) In einem andern Sinne und zur Bezeichnung solcher Fälle, deren fragliche Strafloſigkeit eben hier geprüft werden soll, gebraucht die obigen Ausdrücke Hefftер im N. Arch. des Cr.-R. B. XII. p. 279.

7) S. Hefftер a. a. O. p. 278.

8) S. z. B. Hitzig Zeitschr. f. d. Preuß. Crim.-Rechtspflege B. XVI. p. 135 flg.

Digitized by Google

nicht blos unmittelbar aus dem Irrthume hervorgegangen waren, sondern zugleich als gerechtfertigt erscheinen würden, falls die irrige Voraussetzung richtig gewesen wäre;

4) Sind auch alle rein culpose Delicte von dem Kreise unserer Untersuchung gänzlich ausgeschlossen, und da wir überdem noch

5) die vollendeten Verbrechen einer besonderen Abhandlung vorbehalten haben *); so bleiben als Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung alle diejenigen verbrecherischen Unternehmungen übrig, welche eben in Folge eines thatsächlichen Irrthums von Seiten ihres Urhebers entweder ganz erfolglos blieben und bleiben mußten, oder doch einen solchen Ausgang nahmen, daß sie wenigstens nicht nach dem die vollendete That bedrohenden Gesetze beurtheilt werden können.

§. 2.

Nähere Bezeichnung der Controverse, welche den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht.

Es ist eine besonders nach Feuerbach vielseitig besprochene, von dem philosophisch-politischen mehr, als von dem reinpositiven Standpunkte aus debattirte Streitfrage, ob es als Bedingung der Strafbarkeit des **conatus delinquendi** zu betrachten sei, daß die Handlung nach ihrer äußeren Beschaffenheit mit dem durch dieselbe zu bewirkenden Verbrechen in ursächlichem Zusammenhange stehe, oder mit anderen Worten, daß sie objectiv

*) S. das Vorwort.

Digitized by Google

gefährlich sei [9a]); oder ob nicht vielmehr schon jede auf Verübung eines Delicts absichtlich gerichtete äußere Handlung, auch wenn durch sie nach dem Laufe der Natur oder nach der besonderen Beschaffenheit des Verbrechens der beabsichtigte Zweck gar nicht erreicht werden konnte, einen strafbaren Versuch begründe [9b]).

Diese in wissenschaftlicher Hinsicht interessante und nicht minder für den Gesetzgeber und Richter wichtige Frage ist es nun, deren Lösung wir uns zur Aufgabe gestellt haben. Denn forscht man nach dem Grunde der Aufhebung des Causalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg, so stößt man dabei zuletzt immer auf einen Irrthum, auf eine falsche Voraussetzung, von welcher der Handelnde ausging: sei es nun, daß derselbe ein untaugliches zweckwidriges Mittel wählte, oder doch anwendete, z. B. eine unschädliche Substanz statt des Giftes, ein ungeladenes statt des geladenen Gewehrs; oder daß er sich in Ansehung der einen oder anderen zu dem gesetzlichen Begriffe des beabsichtigten Verbrechens wesentlich nothwendigen Eigenschaft des Gegenstandes in der Art täuschte, daß er diese irrig als vorhanden voraussetzte, wie dies z. B. bei der Entwendung der eigenen Sache, bei den auf Tödtung,

---

9a) Dies behauptet bekanntlich Feuerbach Lehrb. §. 42. not. c. der neueren Ausgaben, denn unter den älteren verwirft namentlich noch die zweite im §. 250, wenigstens in Beziehung auf den Giftmord, diese Ansicht Böhmer's Meditatt. in C. C. Car. ad art. 130. §. 1. in fin. als sonderbar.

9b) Diese Ansicht vertheidigte namentlich von jeher Tittmann Handb. der Strafrechtswissensch. u. s. w. Th. I. §. 96. nebst vielen Anderen, und zwar solchen, die nicht Anhänger der Präventionstheorie sind.

Digitized by Google

Fruchtabtreibung oder auf Ehebruch abzweckenden, aber beziehungsweise gegen einen Leichnam, eine nicht schwangere Person, oder gegen die eigene Ehefrau gerichteten Handlungen der Fall ist.

Es versteht sich nun zwar von selbst, daß, da diese Frage den Hauptgegenstand unserer Untersuchung ausmacht, wir nicht so kurz darüber hinweggehen dürfen, wie es jüngst noch Heffter [10]) seinem Plane gemäß thun konnte; ob es aber auf der anderen Seite zeitgemäß sei und sich der Mühe lohne, diese Controverse auch nach dem, was für Feuerbach, oder für die Strafloſigkeit ſolcher untauglichen Verſuchshandlungen, bereits von Mittermaier [11]), Roßhirt [12]) und

---

10) Im N. Arch. des Cr.-R. XII. p. 279. Wenn es dem Verfaſſer gefallen hätte, ſich hier auf eine genauere Erörterung dieſes Gegenſtandes einzulaſſen, ſo würde vielleicht der Umſtand, daß es bei fehlender Cauſalverbindung überall an einer Rechtsverletzung mangele, anderen Gründen für die Strafloſigkeit derartiger Verſuchshandlungen haben weichen müſſen. S. jetzt auch des Verf. Lehrb. des gem. deutſch. Crim.-R. §. 36 u. 62.

11) Im N. Arch. I. p. 163 flg. beſonders p. 171 u. 183 flg. Der Verf. hat jedoch die hier unbedingt vertheidigte Strafloſigkeit in demſ. Arch. IV. p. 104 flg. und zwar nicht blos in einem Nebenpunkte, wie Hepp Verſuche über einzelne Lehren der Strafrechtswiſſ. p. 326 meint, ſondern in der Hauptſache zurückgenommen, und ſie auf die Wahl ganz untauglicher, aus Einfalt aber für tauglich gehaltener und demgemäß wirklich angewendeter Mittel beſchränkt, wofür ſich auch ſchon früher *Cropp* Commentat. de praeceptis circa puniend. conatum delinqu. Lib. I. p. 37 sequ., obwohl aus unzureichenden Gründen, erklärt hatte. — S. indeſſen das weiter unten nach Anmerk. 47 Geſagte.

12) Entwickelung der Grundſätze des Strafrechts p. 309 flg.

Digitized by Google

Anderen, und gegen diese Ansicht besonders von Oersted [13]), Escher [14]) und Hepp [15]) ausgeführt worden, einer nochmaligen Revision und Prüfung zu unterwerfen — darüber möge der Leser später selbst entscheiden. Wir unserer Seits glauben, daß einem solchen Unternehmen einiges Verdienst schon aus dem Grunde nicht abzusprechen sei, weil es wohl wünschenswerth ist, die an so zahllosen Orten zerstreuten Ansichten derjenigen, welche sich überhaupt mit Gründen hierüber ausgesprochen haben, im Zusammenhange übersehen zu können; ganz abgesehen davon, daß es uns vielleicht gelungen ist, die Streitfrage ihrer endlichen Lösung wenigstens näher gebracht zu haben.

Ergebniß des bisher geführten Streites.

§. 3.

Insbesondere die beiden extremen Ansichten.

Fragen wir daher vorerst nur in der Kürze nach dem Erfolge dieser vielseitigen Bemühungen, so haben letztere so wenig zu einer Uebereinstimmung der streitenden Theile zu führen vermocht, daß sich vielmehr drei verschiedene Meinungen als Resultat herausstellen, zwei extreme und eine vermittelnde, von welchen jede noch bis auf diese

---

13) Grundregeln der Strafgesetzgebung p. 165 flg.

14) Vier Abhandlungen über Gegenstände der Strafrechtswissenschaft p. 166 flg.

15) Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswiss. p. 323 flg.

Digitized by Google

Stunde Anerkennung verlangt. Hören wir zunächst die beiden äußersten:

1) An der Spitze der einen Partei steht Feuerbach [16]). Er behauptet unbedingte Strafloſigkeit der zweckwidrigen Verſuchshandlungen in dem oben angegebenen Sinne, ſowohl nach gemeinem deutſchen Rechte [17]), als nach allgemeinen, philoſophiſchen, Gründen, indem bürgerliche Strafbarkeit, ohne eine das Recht verletzende, oder doch gefährdende Handlung unmöglich ſei, die rechtswidrige Abſicht allein aber keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit gebe, widrigenfalls man ſich auch zur Beſtrafung desjenigen verſtehen müſſe, der durch Gebete ſeinen Feind zu tödten verſuche. Beigetreten ſind ihm theilweiſe, nämlich was die Richtigkeit dieſer Anſicht nach gemeinem deutſchen Strafrechte anlangt, Hepp [18]), ganz aber, nächſt Heffter [19]), beſonders Roßhirt [20]) (früher auch Mittermaier ſ. Anm. 11). Auch der Letztere behauptet, nicht blos poſitiv ſanctionirt [21]) ſei die Strafloſigkeit derartiger Verſuchshandlungen, ſondern

16) Kritik des Kleinſchrodſchen Entwurfs Th. I. p. 56 u. 57 und noch in der neueſten Ausgabe ſeines Lehrb. §. 42.

17) Wegen Art. 178 der P. G.-O., wo „ſcheinliche Werke, die zur Vollbringung der Miſſethat dienſtlich ſein mögen," zur Strafbarkeit des Verſuchs verlangt werden.

18) Verſuche p. 323—25.

19) Lehrb. des gem. Deutſch. Crim.-Rechts §. 36 und 62, beſonders Note 4 daſelbſt und in der Anm. 10. cit. Stelle.

20) In der Anm. 12. cit. Stelle.

21) Wenn auch nicht in einzelnen Stellen des Röm. Rechts, z. B. L. 22, §. 4. D. 48, 10, aus welchen ſich ſchwerlich eine allgemeine Regel abſtrahiren laſſe, als vielmehr durch Art. 178 der P. G.-O.

Digitized by Google

sie entspreche auch der Natur der Sache oder dem Grundgedanken über den Anfang des Versuchs, welcher eben darin liege, daß die Versuchshandlung in reeller Beziehung zum Zwecke der Haupthandlung stehe, oder daß es durch den natürlichen Fortgang des Werkes, zum Werke selbst nach natürlichen Gesetzen müsse kommen können.

2) Direct gegen diese Feuerbachsche Ansicht hatten sich gleich Anfangs, wie zu erwarten stand [22]), die Vertheidiger der Präventionstheorie erklärt, oder vielmehr sie waren bei ihrer frühern Meinung geblieben, namentlich von Grolman [23]) und Tittmann [24]). Der Letztere insbesondere versuchte auch die positive Stütze der Gegner zu untergraben, indem er behauptete, der Gesetzgeber habe bei der Fassung des Art. 178 blos den gewöhnlichen Fall des Versuchs vor Augen gehabt, so daß dadurch „undienstliche Mittel" gar nicht als ausgeschlossen von dem Begriffe des Versuchs betrachtet werden könnten, um so weniger, als das Wesen des Conats durch die Absicht bestimmt, und zur Strafbarkeit desselben nichts weiter erfordert werde, als daß Handlungen unternommen worden seien, welche auf wirkliche Anwendung der herbei-

---

22) Denn so wenig es nach der Theorie des psychischen Zwanges einer Strafandrohung bedarf, um von Handlungen abzuschrecken, die ihrer äußeren Beschaffenheit nach ganz unschädlich sind für die allgemeine Sicherheit; so wenig kann die Präventionstheorie, nach deren Principien der widerrechtliche Wille, der für die Zukunft neue Vergehungen fürchten läßt, den eigentlichen Gegenstand der Strafbarkeit ausmacht, dergleichen Handlungen ungeahndet lassen.

23) Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft §. 31. §. 252 u. 257.

24) Handbuch §. 96 (der 3. Ausgabe).

Digitized by Google

geschafften Mittel zur Ausführung der That abzweckten. Ja er geht sogar so weit, freilich nur aus Liebe zu seiner Theorie, und mit gänzlicher Hintansetzung der Tendenz des auch die materielle Seite der Verbrechen so wesentlich berücksichtigenden deutschen Strafrechts, zu behaupten, Versuchshandlungen, welche blos wegen Untauglichkeit der Mittel oder Ungeeignetheit des Objects erfolglos geblieben seien, müßten, als nächster Versuch oder geendigte Unternehmung, mit der vollen für das consummirte Delict bestimmten Strafe belegt werden [25]). Man könnte sich vielleicht zu dem Glauben veranlaßt fühlen, die Vertheidiger dieser beiden extremen Ansichten, wonach ein Mensch, um der nämlichen Handlung willen, je nachdem er vom Schicksal den Einen oder den Anderen zum Richter erhielte, möglicher Weise hier zum Tode verurtheilt werden könnte, während er dort für straffrei erklärt worden sein würde, hätten mehr nur die juristische Consequenz auf die Spitze treiben wollen, es sei ihnen mehr um blos theoretische Spekulation, als um Aufstellung eines auch praktisch brauchbaren Grundsatzes zu thun gewesen. Und in der That, es wäre nicht uninteressant, zu wissen, wie sie einen in der neuesten Zeit uns vorgekommenen Fall, wo eine Ehefrau, um dem Unfrieden, in welchem sie mit ihrem Manne lebte, und den ferneren Mißhandlungen des letztern zu entgehen, den Entschluß, diesen zu tödten, gefaßt, und diesem Vorsatze dadurch Realität zu verschaffen gesucht hatte, daß sie eine Quantität reguliniſchen Queckſilbers, von dessen todtbringender Wirkung sie sich über-

25) Handbuch §. 98.

Digitized by Google

zeugt hielt, ankaufte, und daſſelbe in die für ihren Mann bereitete Suppe rührte, deren Genuß aber für den Bedrohten, einiges vom Ekel erregte Erbrechen abgerechnet, ohne alle weitere Folgen blieb — es wäre intereſſant, ſage ich, zu wiſſen, wie ſie in dieſem Falle, wenn er ihnen zur Entſcheidung vorgelegen hätte, erkannt haben würden. Indeſſen wir dürfen nicht bezweifeln, daß jeder von Beiden, ſowohl Feuerbach, als Tittmann, von der Haltbarkeit ſeiner Grundſätze und von deren Tauglichkeit zur Einführung auch in das praktiſche Leben ſich vollkommen überzeugt hielt, denn Beide ſuchten denſelben durch Aufnahme in die von ihnen ausgearbeiteten Entwürfe zu einem Strafgeſetzbuche für Baiern [26]) und für Sachſen [27]) allgemeinere Anerkennung und praktiſche Geltung zu verſchaffen. Wenn nun gleich der Erfolg ihrer diesfallſigen Beſtrebungen den gehegten Erwartungen nicht entſprach [28]), ſo war dadurch unſere Streitfrage doch in das Gebiet der Codification aufgenommen, und ſo die Veranlaſſung gegeben worden, dieſelbe in der neueren für Legislation und

---

26) Feuerbach Entwurf des Baierſchen Strafgeſetzbuches Art. 60.

27) Tittmann Entwurf zu einem Strafgeſetzb. für das Königr. Sachſen (Meißen 1813) §. 291 u. 293; obwohl beim Verfaſſer ſelbſt Bedenklichkeiten wegen allzugroßer Härte rege geworden ſind, welche er durch die vorgeſchlagene Berichterſtattung vor Vollſtreckung der Strafe (gewiß ein nicht zu empfehlendes Auskunftsmittel) zu beſeitigen verſucht hat.

28) Der Tittmannſche Entwurf wurde bekanntlich nicht zum Geſetzbuche erhoben, und in dem Feuerbachſchen ſtrichen die Reviſoren den Paſſus des Art. 60, in welchem die Strafloſigkeit der untauglichen Verſuchshandlungen ausgeſprochen war.

Digitized by Google

besonders für Criminalgesetzgebung so thätigen Zeit von diesem Standpunkte aus einer allseitigen und gründlichen Prüfung zu unterwerfen. Dies geschah vornehmlich von Oersted [29]), der eigentlich zuerst die Feuerbachsche Meinung gründlich und mit einem nicht geringeren Aufwande von Scharfsinn und Dialektik bekämpfte, als sie kurz vorher noch von Mittermaier [30]) war vertheidigt worden.

Und in der That, wenn, worauf nach Feuerbach Alles ankommt, nur solche Handlungen bürgerlich strafbar sind, welche ein Recht verletzen oder wenigstens gefährden — wer könnte wohl leugnen, daß z. B. das Leben desjenigen bedroht, ja auf das Aeußerste bedroht gewesen sei, dessen Untergang ein Anderer beschlossen, zu diesem Behufe Alles vorbereitet, Tag und Stunde auskundschaftet, wo ihm die Gegelegenheit günstig war, und nur darum seinen Zweck verfehlte, weil er beim Losdrücken gewahrt, daß er in der Hast das ungeladene Gewehr ergriffen, oder weil er die Kugel bei der Ladung vergessen, oder zwar vollständig geladen, aber die Zündhütchen auf dem Wege verloren hatte — bis auf eines, welches bereits auf die Pfanne gesetzt war, aber wegen mangelhafter Füllung seinen Dienst versagte [31])? Freilich von

---

29) S. Anm. 13.

30) S. Anm. 11.

31) Wir haben absichtlich diesen Klimax gewählt, dem wohl nicht der Vorwurf der Unwahrscheinlichkeit gemacht werden kann; obwohl wir die Ausstellung erwarten, es seien hierbei die untauglichen mit den blos unzulänglichen Mitteln verwechselt worden; indessen wird es nicht leicht sein, zu bestimmen, wo hier die Unzulänglichkeit beginne und die Untauglichkeit aufhöre.

Digitized by Google

einer Gefahr für das Leben Desjenigen, welcher in derselben Nacht, wo er von seinem Gegner überfallen und tödtlich verwundet wurde, bereits gestorben war, konnte wenigstens von dem Augenblicke des eingetretenen natürlichen Todes an nicht mehr die Rede sein [32]); so wenig als man vernünftiger Weise die Existenz desjenigen einer ernstlichen Gefahr ausgesetzt behaupten kann, dessen Feind sich damit begnügte, durch inbrünstige Gebete den Untergang jenes von Gott zu erflehen, sei es, daß dieser fromme Sünder seine Andacht zu Hause verrichtete, oder, um ihr mehr Wirksamkeit zu verschaffen, nach einer Kapelle wallfahrtete. Man geräth in Versuchung, um Nachsicht zu bitten, nicht wenn man sich überhaupt der Beispiele bedient; denn die möglichen Fälle des Lebens sind es, von welchen zuvörderst die Principien abstrahirt werden, und an welchen wiederum die Richtigkeit eines aufgestellten Grundsatzes entweder sich bewährt, oder scheitert; sondern wenn man es wagt, das so abgenutzte Beispiel des Todtbetens vorzuführen, welches Feuerbach zuerst gebrauchte, um die Ansicht der Gegner in ihrer Consequenz als absurd darzustellen. Indessen hat fast noch Jeder bei Erörterung unserer Controverse auch jenes dummgläubigen Baierischen Bösewichts erwähnen zu müssen geglaubt, und Alle haben sich, wenn auch aus verschiedenen Gründen [33]),

---

32) Jenull Oesterreich. Criminalrecht Th. II. p. 207.

33) S. z. B. *Cropp* de praeceptis circa pun. conat. del. Lib. I. p. 43. Schröter Handbuch des peinl. R. §. 80. Oersted Grundregeln p. 168 u. 169. Henke Handb. des Crim.-R. und der Crim.-Polit. Th. I. p. 256. Hepp Versuche p. 333.

Digitized by Google

für die Strafloſigkeit deſſelben erklärt, bis auf Einen [34]) (wenigſtens ſo viel uns bekannt), von welchem man grade, wenn er ſich auch als einen wenigſtens theilweiſen Anhänger der Präventionsmaxime bekennt, dennoch erwartet hätte, daß ihn ſein überall hervorleuchtender Scharfſinn und geſunder praktiſcher Verſtand viel eher zu einem anderen, als gerade zu dieſem Reſultatate führen würde *). Wir wollen hier nicht die mancherlei Gründe, welche bereits von den in der Anmerkung 33 genannten Schriftſtellern gegen die Tauglichkeit des Feuerbachſchen Beiſpiels vorgebracht worden ſind, aufzählen und prüfen, von welchen wenigſtens nicht alle ſo beſchaffen ſind, daß ſie die Ueberzeugung vom Gegentheil zu zerſtören vermochten. Aber wir fragen nur, die Sache von einer ganz anderen Seite betrachtend, was thut denn der Betende Weiteres, als er öffnet ſein Innerſtes dem höchſten Weſen, er ſpricht ſeine Gedanken und Gefühle gegen Gott aus,

---

34) Eſcher Vier Abhandlungen p. 167, welcher das Todtbeten, ſo wie überhaupt jeden Verſuch, der wegen völliger Untauglichkeit der aus Dummheit gewählten Mittel nothwendig ſcheitern mußte, als **conatus remotus** ſtrafen will.

*) Wir geſtehen freilich, nicht zu wiſſen, ob und wie weit der oben genannte Verfaſſer eines Entwurfes zu einem Strafgeſetzbuche für den Canton Zürich durch beſondere Rückſichten auf Charakter, Sitten und Bildungsſtufe der Bewohner des genannten Cantons zu dieſer Annahme mit bewogen worden ſei; denn es ſcheint allerdings, daß die Geſetzgebung hier vorſichtiger zu Werke gehen müſſe, als vielleicht in anderen Ländern, da öffentlichen Nachrichten zufolge noch im Jahre 1827 ein dortiger Friedensrichter wegen Zauberei, durch welche er ſeine Ehefrau los zu werden verſucht hatte, zur Unterſuchung gezogen, und mit Amtsentſetzung, zwölfjähriger Suspenſion des Activbürgerrechts und viermonatlichem Zuchthauſe beſtraft wurde.

Digitized by Google

und giebt die Erhörung deſſen, was er erflehet, der Güte und Weisheit des Schöpfers anheim? Und wenn nun der Inhalt ſeines Gebetes ſo gottesläſterlich iſt, wie im vorliegenden Falle, will man ihn deshalb eines verſuchten Mordes beſchuldigen, da er doch auf alle und jede eigne Thätigkeit zur Hervorbringung des Verbrechens verzichtet, zu deſſen Urheber er in ſeiner Beſchränktheit Gott machen zu können wähnt? Es ſcheint doch wohl nicht blos, daß ein ſolches Gebet, in welchem weder von einem bereits verübten, noch von einem vom Betenden ſelbſt oder von irgend einem Menſchen zu verübenden Verbrechen die Rede iſt, in das Gebiet der Gedankenwelt gehöre, nicht aber dem irdiſchen Richter zur Beurtheilung und Beſtrafung anheimfalle, und daß man ſagen müſſe, **consilium solum habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit.** Wollte aber Jemand, die Subtilität erſchöpfend, behaupten, dem ſei nicht ſo, weil der Betende ſich ſeiner Gedanken entäußert habe, und dieſe eben dadurch in das Gebiet der äußeren, einer rechtlichen Beurtheilung fähigen Handlungen übergegangen ſeien; ſo dürfte doch gewiß, wenn je etwas der Art auf irgend eine Weiſe offenkundig würde und zur Kenntniß des Richters gelangte, ein ſolcher Sünder ſo wenig wegen *conatus homicidii* zur Rechenſchaft und Strafe gezogen werden, als derjenige, der im Gefühle ſeiner Ohnmacht Verwünſchungen gleichen Inhalts auf ſeinen Feind herabruft [35]).

---

35) Viel eher ließe ſich wohl die Strafbarkeit des Betens, man könnte ſagen wegen zu Tode Betens, in folgendem Falle nachweiſen

§. 4.

Die vermittelnde Ansicht.

Ob wir nun gleich der Ueberzeugung sind, daß der im vorhergehenden Paragraph zuletzt besprochene Fall wenigstens heutzutage [36]) zu den allerseltensten Erscheinungen gehöre, und in diesem Jahrhundert wahrscheinlich nicht Gegenstand einer richterlichen Untersuchung gewesen sei; so haben wir uns doch absichtlich dabei etwas länger aufgehalten, theils weil eine genauere Betrachtung zur richtigen Würdigung desselben

---

(von dem wir übrigens dahin gestellt sein lassen, ob er, was man freilich der Vernunft zu Liebe annehmen möchte, nur der Phantasie abgeborgt sei, oder der Geschichte unserer Tage angehöre), wo die Mitglieder eines Conventikels durch gewaltsames Hinzudrängen zu dem Krankenlager eines zu ihrem Bunde Gehörigen und durch unaufhörliches Bestürmen desselben mit lauten Gebeten, Gesängen und Ermahnungen zur Freudigkeit ob des nahen Todes, den nach jugendlichen und eben deshalb nach Rettung sich sehnenden Kranken, allen Bemühungen des auf Ruhe dringenden Arztes zum Hohn, dergestalt in Exaltation versetzten, daß dadurch der Tod desselben, wenn nicht herbeigeführt, so doch jeden Falls beschleunigt wurde.

36) Daß früher dergleichen öfter vorgekommen, sieht man z. B. aus Spener's Evangelischem Glaubenstrost Th. I. p. 722 flg.: „Wobei man auch zu merken hat, wie grausame Sünde es sei, wenn einige gegen ihre Feinde und Beleidiger gewisse Psalmen, und also in denselben um Rache gegen sie beten: auch sich damit entschuldigen, es wären ja die Psalmen Gottes Wort, so könnte man sie auch gebrauchen. Aber solche Psalmen sind freilich Gottes Wort und aus dem heil. Geist geschrieben — wo man sie aber gegen seine Feinde richtet, ist's ein Mißbrauch göttlichen Wortes und Namens, und kann der Mensch damit vielmehr göttliche Strafe auf sich ziehen, weil er, was in göttlichem Eifer und aus göttlichem Befehl gesprochen worden, in fleischlicher Haß- und Rachbegier nachspricht" u. s. w.

Digitized by Google

nöthig ſchien, theils weil man das Todtbeten gewiſſermaßen zu dem Grundtypus einer ganzen Klaſſe von Fällen gemacht hat, in welchen, wenn auch dem Begriffe nach ein Verſuch vorliege, doch von einer Strafe nicht die Rede ſein könne.

Doch dies führt uns zu der dritten zwiſchen jenen beiden extremen Anſichten in der Mitte liegenden Anſicht, welche den Streit durch mancherlei Diſtinctionen ſchlichten zu können glaubt. Zu den Vertheidigern derſelben gehört unter anderen Cropp [37]). Er unterſcheidet (wenn auch nicht den Worten, doch der Sache nach), ob der Thäter aus Einfalt untaugliche Mittel wählte, oder nur in Folge einer ſtattgefundenen Verwechſelung: dort z. B. beim Todtbeten, will er Strafloſigkeit, weil es an dem Daſein eines jeglichen Schadens mangele, und der Richter überdem, wenn er ſtrafend einſchreiten wollte, ſein Anſehen gefährden und ſich lächerlich machen würde, hier, z. B. beim Zuckergeben ſtatt Gift, nimmt er einen ſtrafbaren Verſuch an, weil zu befürchten ſei, daß der Thäter nach entdecktem Irrthum zur Anwendung wirkſamerer Mittel ſchreiten werde. Allein wer ſieht nicht, daß der Grund, durch welchen die Strafloſigkeit der erſten Klaſſe von Verſuchshandlungen gerechtfertigt werden ſoll, mit dem Beweisgrunde für die Strafbarkeit der zweiten Klaſſe im directen Widerſpruch ſteht, und daß ſie einander gegenſeitig vernichten? Denn wenn bei jenen die Strafe wegen Mangels eines vom Thäter geſtifteten Schadens wegfallen ſoll — als ob überhaupt die Strafbarkeit des Verſuchs von der Exiſtenz

37) In der Anm. 33 cit. Preisſchrift p. 37 flg.

Digitized by Google

eines Schadens abhängig gemacht werden dürfte — so fragt man: welchen Schaden hat denn der dargereichte Zucker gestiftet? und wenn umgekehrt dieser letztere Fall gestraft werden soll, weil nach erkanntem Irrthum eine Wiederholung des Versuchs mit geeigneteren Mitteln zu befürchten sei — wenn also lediglich die zukünftige noch ungewisse Schuld zum Grunde der gegenwärtigen Strafe gemacht werden soll — wer verbürgt denn, daß nicht auch der Betende, wenn er durch die Erfahrung von der Fruchtlosigkeit seines Mittels belehrt worden ist, zweckdienlichere Handlungen vornehmen werde? Und wie sieht es um die Consequenz aus, wenn Cropp aus dem nämlichen Grunde (**quum sane timendum sit, ne errore cognito denuo facinus, quod spectabat, aggrediatur**) denjenigen gestraft wissen will, der nach einem leblosen Gegenstande schoß, welchen er für seines Gegners Gestalt hielt; während er den unglücklichen Ehemann, welcher, ein **adulterium** intendirend, statt mit seiner Geliebten, **imprudens cum propria uxore coivit**, straffrei ausgehen läßt?

Auf eine andere Weise als Cropp distinguirt Schröter [38]), welchen aber das Streben nach möglichster Kürze hat undeutlich werden lassen. Denn wenn er die hier zur Entscheidungsnorm für die heterogensten Fälle dienen sollende Regel so faßt: zur bösen That gehört, daß sie, wenn auch nicht ihrer wirklichen, doch wenigstens ihrer vermeintlichen Beschaffenheit nach geschickt sei, um den Naturgesetzen zufolge die beabsichtigte äußere Wirkung hervorzu-

38) Handbuch des peinl. Rechts. §. 80.

Digitized by Google

bringen; so trifft ihn gewiß nicht mit Unrecht der Vorwurf der Unklarheit im Ausdrucke, und nur mit Hülfe der von ihm in der Anmerkung beigebrachten Beispiele läßt sich herausfinden, was er eigentlich habe sagen wollen. Es ist nämlich gar nicht abzusehen, warum er nach seiner Regel nicht auch das Todtbeten, sondern nur das Darreichen eines vermeintlichen Giftes, bestrafen will, da doch jener Idiot durch seine Handlung (das Beten) eben so gut vermeinte, seinen Endzweck erreichen zu können, wie Derjenige, der z. B. Zucker statt Arsenik beibrachte. Der Verfasser will aber offenbar so raisonnirt wissen: das Todtbetenwollen ist eine so beschaffene Handlung, daß sie den Naturgesetzen zufolge nie und nimmer ihren Zweck erreichen, die beabsichtigte Wirkung hervorbringen kann, wer aber Zucker giebt, indem er glaubt, Gift zu haben, dessen Handlung kann allerdings, zwar nicht ihrer wirklichen, aber doch ihrer vermeintlichen Beschaffenheit nach, den Gesetzen der Natur zufolge, den Tod herbeiführen [39]). Wenn er nun aber weiter noch den mörderischen Angriff auf einen für lebend gehaltenen Leichnam, ingleichen die Entwendung der eignen Sache aus fremdem Gewahrsam, nur dann für strafbar hält, wenn zu der böswilligen Handlung noch

39) Aehnlich drückt sich Henke, der die früher in seinen Beiträgen zur Criminalgesetzgebung p. 179 vertheidigte Ansicht der Straflosigkeit bei fehlendem Causalnexus zurückgenommen hat, in s. Handb. Th. I. p. 256 aus, wo es heißt: wären freilich die von dem Handelnden zur Ausführung gewählten Mittel, auch wenn sie wirklich die Beschaffenheit hätten, die sie in der Meinung des Handelnden haben, völlig untauglich zur Erreichung des beabsichtigten Effectes, so würde die Handlung keinen strafbaren Versuch enthalten.

Digitized by Google

ein doppelter Irrthum von Seiten des Thäters, nämlich einmal in Beziehung auf die Beschaffenheit, und sodann auch in Ansehung der Identität des Gegenstandes der Verletzung hinzukommt, also namentlich wenn der Thäter den Angegriffenen nicht blos für lebend, sondern auch für eine ganz andere Person hielt, als welcher der todte Körper wirklich angehörte; so ist die Willkür dieser Voraussetzung so in die Augen springend, daß es keiner weitern Auseinandersetzung bedarf.

Je mißlicher es nun ist, wenn man sich erst auf Deutung des Ausdrucks eines Schriftstellers einlassen und zu seinen Folgerungen Zuflucht nehmen muß, um rückwärts auf Sinn und Umfang eines von ihm aufgestellten Princips zu schließen, um so lieber wenden wir uns jetzt zu einem der ersten unter den jetzt lebenden Criminalisten, dem es, wie wir glauben, beim besten Willen nicht gelingen würde, sich ins Unklare zu verlieren, und der es von jeher verschmäht hat, seine Rede, sei es aus was immer für einem Grunde, in ein dunkeles (oder wohl gar mystisches) Gewand einzuhüllen. Während nämlich Schröter die seinem Streben nach Kürze hierbei entgegentretenden Schwierigkeiten auf Kosten der Verständlichkeit zu überwinden suchte, hat Mittermaier [40]) gleich von vorn herein diejenigen subjectiv strafgesetzwidrigen Handlungen, welche wegen gänzlicher Untauglichkeit der gewählten Mittel erfolglos blieben, von denjenigen gesondert, welche wegen Ungeeignetheit des Gegenstandes der Verletzung des beabsichtigten verbrecherischen Ausganges entbehrten.

40) Im N. Arch. I. p. 183—199.

Digitized by Google

In Ansehung der letzteren, also z. B. bei dem Versuch der Tödtung eines für lebend gehaltenen Leichnams, behauptet er ohne Ausnahme Strafloſigkeit, bei den erſteren hingegen nur dann, wenn aus ihnen gar nie und unter keinen Umſtänden das intendirte Verbrechen entſtehen kann, wie z. B. bei der Darreichung einer ganz unſchädlichen Subſtanz, welche dem Thäter in Folge einer Verwechſelung ſtatt des Giftes in die Hände gekommen war; ſo daß alſo alle diejenigen Handlungen, welche an ſich zweckmäßig ſind, und nur *in concreto* wegen eines hinzugetretenen zufälligen Umſtandes den Erfolg nicht hervorbrachten — z. B. wenn der Thäter das Gift vor der Beibringung mit einem, wie er nicht weiß, als Gegengift wirkenden Stoffe vermiſcht — in die Kategorie des ſtrafbaren Verſuchs gehören [41]).

Die von Mittermaier zur Begründung dieſer Anſicht gelieferte Ausführung nun iſt ſo tief eingehend und erſchöpfend, und das Auffallende der entgegengeſetzten Anſicht, beſonders in den daraus gezogenen Folgerungen, iſt an einer ſolchen Fülle von zum Theil trefflich gewählten Beiſpielen anſchaulich

---

41) Sonach weicht er alſo von der Schröterſchen Anſicht weſentlich darin ab, daß er in Anſehung des Irrthums, in welchem ſich der Handelnde befindet (bei der Wahl des Mittels), gar keinen Unterſchied macht; während man nach Schröter ſo diſtinguiren muß: entweder irrt ſich der Handelnde in der Qualität des Mittels, und wählt ein ganz untaugliches, weil er es aus Einfalt für tauglich hält — dann iſt er ſtraffrei; oder er irrte ſich in der Identität des Mittels, und folgeweiſe auch in deſſen Qualität, indem er das taugliche mit einem untauglichen verwechſelte — dann iſt er ſtrafbar.

Digitized by Google

gemacht, daß man im Voraus sagen konnte, die Gründe für die Feuerbachsche Lehre seien hiermit ausgebeutet, und es werde sich schwerlich noch ein besser gerüsteter Vertheidiger derselben finden. Zwar hat sich noch neuerdings wieder Roßhirt [42]) sehr energisch für Feuerbach erklärt, und ist in der Bestimmung des Umfanges der Straflosigkeit bei fehlender Causalverbindung noch um einen Schritt weiter gegangen, als Mittermaier, indem er dessen Unterschied zwischen untauglichen und nur **in concreto** wirkungslos gebliebenen Mitteln ganz verwirft, und namentlich auch den Fall, wenn der Thäter das angeschaffte Gift in einem ihm unbewußt als Antidot wirkenden Vehikel beibrachte, von dem strafbaren Versuch ausschließt [43]). Allein gemäß seinem Plane, die Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts zu entwickeln, hat auch seine diesfallsige Argumentation im Wesentlichen nur das positive Recht und insbesondere den Art. 178. der P. G. O. zur Basis, und er bemerkt ausdrücklich, daß alle Argumente, die man bisher aus der bloßen Criminalpolitik oder sonst aus Raisonnements ohne positiven Anhaltpunkt geschmiedet habe, von ihm nicht respectirt werden könnten. Wir führen dies nicht an, um etwa einen Vorwurf daraus zu bilden, und sind weit entfernt von der anmaßenden Behauptung, der Gegenstand hätte nicht blos ein-

---

42) Entwickelung der Grundsätze ꝛc. p. 309 flg.

43) Daß eine consequente Durchführung seines Princips ihn dahin führen mußte, werden ihm wohl auch die in der Hauptsache anders Denkenden zugeben.

Digitized by Google

seitig, sondern allseitig beleuchtet werden sollen [44]). Im Gegentheil kann nicht leicht jemand mehr von der Fruchtbarkeit des auf dem Boden der Geschichte von Roßhirt bereits zu Tage Geförderten überzeugt sein, dessen Studien um so mehr Anerkennung und Dank verdienen, als er gewissermaßen als Erster, der sich entschieden der historischen Bearbeitung des Strafrechts seinem ganzen Umfange nach hingab, mit nicht unbedeutenden Schwierigkeiten zu kämpfen hatte. Allein wir sind der Ueberzeugung, daß eine Würdigung unseres Gegenstandes auch von einem allgemeinen, nicht rein positiven Standpunkte aus seinen besondern nicht zu verkennenden Werth habe, und werden deshalb erst später wieder auf Roßhirt zurückkommmen. Zwar sagt der Letztere selbst, die Ansicht, daß ein Versuch zum Verbrechen da nicht angenommen werden könne, wo das gewählte Mittel zur Ausführung des Verbrechens nicht dienlich sei, beruhe auf der Natur der Sache; allein dieser Satz steht als ein reines Postulat da, welches um so mehr des Beweises bedarf, als Andere, ebenfalls aus der Natur der Sache raisonnirend, zu dem entgegengesetzten Resultate gekommen sind.

Wenden wir uns daher wieder zu der Darstellung Mittermaier's, so müssen wir vorerst eine berichtigende Ergänzung des oben in der Anmerkung 11 Gesagten hier nachtragen. Allerdings hatte nämlich Mittermaier, und wie es scheint, hauptsächlich in Folge der gegen Feuerbach und

44) Ein Vorwurf, der überdies nicht minder fast alle übrigen träfe, welche sich bei der Beurtheilung unserer Frage wenig oder gar nicht um das positive Recht bekümmert haben.

Digitized by Google

ihn selbst gerichteten Ausführung Oersted's (s. Anm. 13), seine frühere Ansicht auf die Weise beschränkt, wie wir in der obigen Anmerkung kurz angedeutet haben. Er zieh sich selbst mit einer seltenen, das alleinige Streben nach Wahrheit bekundenden Selbstverleugnung eines Fehlers, den er oft an anderen Rechtsgelehrten gerügt, und welcher ihn zu einem unrichtigen Begriffe des Versuchs verleitet, und folgeweise zur Annahme der Straflosigkeit aller derjenigen Handlungen geführt habe, welche mit den beabsichtigten Verbrechen in keinem Causalzusammenhange ständen — eine Regel, welche in dieser Allgemeinheit unrichtig sei und sogar überflüssig erscheine. Denn fasse man den Versuch auf als eine Manifestation des bösen Vorsatzes durch äußere, den Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthaltende, und dessen Gestalt an sich tragende Handlungen, deren Erfolg nur durch zufällige Umstände vereitelt worden; so werde dadurch schon von selbst die Frage nach der Beschaffenheit des Mittels ausgeschlossen. Dieses letztere, und namentlich dessen Tauglichkeit oder Untauglichkeit alterire den Begriff des verbrecherischen Versuchs gar nicht, und man müsse allerdings denjenigen, welcher Gift geben wollte, aber statt dessen zufällig Zucker in die Hände bekam, und diesen unter die Speisen seines Feindes zu mischen begann, wegen conatus veneficii bestrafen; während dagegen der andere, welcher durch Gebete oder sympathetische Mittel seinen Feind aus dem Wege zu räumen bemüht war, zwar nicht wegen Untauglichkeit des gewählten Mittels, wohl aber deswegen sich keines strafbaren Versuchs schuldig mache, weil seine

Digitized by Google

Handlung nach vernünftiger Auslegung keinen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalte, und nicht entfernt die Form und Gestalt eines solchen an sich trage. Nun hat sich zwar Mittermaier bei dieser Gelegenheit über die zweite Klasse der hierher gehörigen Fälle, wo nämlich durch die Ungeeignetheit des Objects der beabsichtigte Erfolg vereitelt wird, nicht ausdrücklich mit ausgesprochen, so daß es zweifelhaft scheinen könnte, ob er seine frühere Ansicht auch in diesem Punkte geändert habe, oder nicht. Allein wenn nicht blos die Beschaffenheit des angewendeten Mittels ohne Einfluß sein, sondern überhaupt Causalzusammenhang zwischen der Handlung und dem beabsichtigten Verbrechen nicht mehr als wesentliches Erforderniß des **conatus delinquendi** angesehen werden soll (und dieser fehlt ja beim Zuckergeben statt Gift); so fällt auch der Grund weg, warum man nunmehro noch z. B. die Handlung Desjenigen, welcher **animo interficiendi** einen tödtlichen Streich auf einen Leichnam führte, oder **animo furandi** seine eigene Sache statt der fremden entwendete, straffrei ausgehen lassen sollte: um so mehr, als dergleichen Fälle nicht blos den Anfang, sondern selbst das Ende der Ausführung des bezweckten Verbrechens enthalten, und nur zufällige, vom Wissen und Wollen des Handelnden ganz unabhängige Umstände den Eintritt des zur Consummation des Verbrechens erforderlichen rechtswidrigen Nachtheils verhindert hatten. Auch wird nicht leicht jemand behaupten, Handlungen der Art trügen nicht Form und Gestalt eines Verbrechens an sich. Im Gegentheil treten sie an sich, ihrer äußeren Erscheinung nach, meist in einem noch höheren

Digitized by Google

Grade als verbrecherisch hervor als jene, wo die That wegen Untauglichkeit des angewendeten [45]) Mittels erfolglos blieb. Denn dort waren die Mittel vollkommen geeignet, auch die Anwendung derselben erfolgte ganz dem Entzwecke gemäß, und nur am Gegenstande erst scheiterte die That, während hier das Object zwar die erforderliche Eigenschaft hatte, die Unmöglichkeit der Realisirung des verbrecherischen Endzweckes aber bereits in der Beschaffenheit des anzuwendenden Mittels lag.

Aus dem so eben Gesagten erhellt nun, daß Mittermaier die Feuerbachsche Ansicht in der Hauptsache aufgegeben hatte, und im Resultate der Mehrzahl der Gegner beigetreten war, denjenigen nämlich, welche die Straflosigkeit der Versuchshandlungen bei fehlender Causalverbindung weder unbedingt behaupten, noch auch unbedingt leugnen, sondern unterscheiden, und nur bei einer absoluten Untauglichkeit des, aus Dummheit gewählten und dem gemäß auch wirklich angewendeten, Mittels zur Hervorbringung irgend eines rechtswidrigen Nachtheils Straflosigkeit annehmen.

Bis hierher waren wir mit der Recension der verschiedenen Ansichten über unsern Gegenstand und mit deren theilweisen Widerlegung gekommen, als wir, beim Nachsuchen nach etwa noch vorhandenen anderweiten hier einschlagenden Schriften gelegentlich auf die Beurtheilung der neuesten crimi-

---

45) Nämlich das gewählte Mittel war an sich geeignet zur Hervorbringung des vollständigen Verbrechens, auf dessen Verübung es der Thäter abgesehen hatte, und nur bei der Anwendung wurde es aus Versehen mit einem untauglichen vertauscht.

Digitized by Google

naliſtiſchen Abhandlungen über den Verſuch der Verbrechen [46]) ſtießen, woſelbſt, nächſt einer Anzahl großentheils Niederländiſcher (nur für Wenige zugänglicher) Diſſertationen, auch Bauer's Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgeſetzbuches für Hannover als diejenige, bisher uns unbekannt gebliebene, Schrift aufgeführt iſt, welche unſere Frage durch eine Maſſe feiner Unterſcheidungen zu löſen ſuche [47]). Welche dieſe Unterſcheidungen ſeien, erhellt aus der Beurtheilung nicht, und wir ſelbſt ſind vor der Hand außer Stande, uns eine genauere Kenntniß von deren Beſchaffenheit aus dem Buche ſelbſt zu verſchaffen. Dagegen ſcheint der Recenſent

---

46) Im N. Arch. X. p. 536, beſonders p. 550—54.

47) Da wir ebenfalls, wie ſich ſpäter ergeben wird, der Anſicht ſind, daß die vorliegende Streitfrage nicht ohne mehrere und vor allem ſchärfere Unterſchiede, als man bisher gemacht hat, gelöſt werden könne; ſo war es uns nichts weniger als unlieb, zu erfahren, daß bereits ein anderer Gelehrter, und zwar von ſolchem Rufe, einen gleichen oder wenigſtens ähnlichen Weg eingeſchlagen habe. Auch opfern wir willig den etwaigen Vorzug, etwas Neues zur Sprache gebracht zu haben, für die Beſtärkung, welche unſer Zweifel an der Untrüglichkeit der von Einigen ſo entſchieden hingeſtellten Behauptung, daß alle Diſtinctionen zu nichts führten, dadurch erhält. Es ſcheint allerdings, daß man, eben weil die Verſchiedenheiten der hierher gehörigen Fälle nicht immer klar genug gedacht, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wurden, zuweilen etwas ins Unbeſtimmte und Dunkle gerathen ſei, und Mißverſtändniſſe veranlaßt habe, die außerdem vermieden worden wären. Uebrigens würden wir gleich jetzt, bevor wir uns noch das Bauerſche Werk zu verſchaffen ſuchen und einſehen, unſere Anſicht in der Kürze dieſer Anmerkung einverleiben, wenn dies anders ein ſicheres Mittel wäre, um dieſelbe bei Ungläubigen vor dem Verdachte zu retten, als ſei ſie nur eine Nachbildung der Bauerſchen.

Digitized by Google

dieſer Schriften über den Verſuch (Mittermaier) ſeiner kurz vorher von uns mitgetheilten geänderten Anſicht, zu welcher er ſich im 4. Bande des N. Archives bekannt hatte, wieder untreu geworden und zur Feuerbachſchen Theorie zurückgekehrt zu ſein. Zwar erregt es einigen Zweifel, wenn er p. 550 ſagt, er könne die in dieſem Archive vertheidigte Strafloſigkeit des Verſuchs mit abſolut untauglichen Mitteln, ungeachtet der nicht unwichtigen Gegengründe von Oerſted, Henke [48]) und Eſcher, noch jetzt nicht als unrichtig anſehen, wenn man nur gehörig unterſcheide und ſich vor dem Generaliſiren hüte [49]). Allein während er im

---

48) Allein Henke iſt im Reſultate ganz einverſtanden mit der im 4. Bande des N. Arch. vorgebrachten Anſicht des Recenſenten. S. des Erſtern Handbuch I. p. 256 und die Bemerkung in der Note 7 daſelbſt. Nur Eſcher geht weiter als Oerſted und Henke, wie wir oben gezeigt haben, und bildet gewiſſermaßen das Extrem der Härte, während Roßhirt mit ſeiner Meinung das entgegengeſetzte Extrem der Milde behauptet.

49) Dabei wird auch Jarcke's Eifer in etwas beſchwichtigt, der, die an ſich tauglichen, aber nicht ausreichenden den untauglichen Mitteln gleichſtellend, den Gegnern zumuthet, die meiſten in der neuern Zeit verſuchten, aber an der Unzulänglichkeit der Mittel geſcheiterten, Revolutionen als ſtraſloſe Handlungen in Schutz zu nehmen. S. deſſen Handbuch des gemeinen deutſchen Strafrechts I. p. 217. Hiernach müßte man denn auch Denjenigen, der in zu großer Entfernung auf ſeinen Feind ſchoß, und deshalb nicht tödten konnte, oder Denjenigen, welcher eine zu geringe Doſis Gift beibrachte, die wirkungslos blieb, von dem **conatus homicidii** und **resp. veneficii** freiſprechen. Es handelt ſich aber nicht darum, ob die Schwierigkeit der Ausführung des Verbrechens unter den angegebenen Umſtänden, ſondern ob die Unmöglichkeit der Conſummation deſſelben, wiefern dieſe in der Untauglichkeit des Mittels, durch welches, oder in dem Nicht-

Digitized by Google

4. Bande des N. Archivs, wo er eben jene Warnung vor dem Generaliſiren zuerſt in Beziehung auf unſere Frage ausgeſprochen hatte, einen Begriff des Verſuchs aufſtellte, und nun die Entſcheidung lediglich davon abhängig machte, daß eine in der Abſicht, ein Verbrechen zu begehen, vorgenommene Handlung, ohne Rückſicht auf die angewendeten Mittel, unter dieſen Begriff ſubſumirt werden könne, ſetzt er jetzt wieder Alles darein, daß ein in **abstracto** taugliches Mittel als das zum Thatbeſtande des Verbrechens gehörige Merkmal, angewendet worden ſei, und erklärt folgeweiſe den nämlichen Fall, welchen er früher, im Gegenſatze von dem Verſuche durch Gebet oder ſympathetiſche Mittel zu ſchaden, als ſtrafbar anerkannt hatte, — nämlich wenn jemand Zucker, indem er glaubt, Gift zu haben, beibringt — für ein unſträfliches Unternehmen, indem er p. 553 ſagt: „zwiſchen dem Beiſpiele des Todtbetens und dem des Zuckergebens (ſtatt Gift) iſt kein wahrer Unterſchied, denn in beiden Fällen wählt der Thäter ein Mittel, das er für tauglich hielt, und bei welchem das Entſtehen eines Nachtheils undenkbar iſt.“ — Noch entſchiedener ſpricht er ſich aber p. 554 über die im 1. Bande des N. Archivs ebenfalls vertheidigte, im 4. Bande hingegen mit Stillſchweigen übergangene [50]) Straf-

---

geeignetſein des Gegenſtandes, an welchem die That verübt werden ſoll, ihren Grund hat, den ſtrafbaren Verſuch ausſchließe. Freilich iſt das unzulängliche Mittel (die zu kurze Leiter, das durch die Miſchung neutraliſirte Gift) für den beſtimmten Fall immer auch ein untaugliches.

50) S. das oben vor Anm. 45 Geſagte.

Digitized by Google

losigkeit derjenigen Fälle aus, wo die Unmöglichkeit der Consummation des bezweckten Verbrechens in der mangelhaften Beschaffenheit des Objects ihren Grund hat.

§. 5.

Kritik der aus der Tittmannschen [51]) Ansicht zur Widerlegung derselben gezogenen Folgerungen.

Lassen wir aber für jetzt die so eben angeregten Zweifel auf sich beruhen, und versuchen wir, nachdem die verschiedenen Ansichten und ihre Hauptgewährsmänner [52]) durchgenommen sind, dasjenige näher nachzuweisen, worauf bereits in der Anmerkung 47 aufmerksam gemacht wurde, daß nämlich die ganze Controverse dadurch nur noch mehr verwickelt und nachtheilig auf jede Verständigung und Ausgleichung der streitenden Theile eingewirkt worden ist, daß man vor Allem Beispiele auf Beispiele zu häufen sich bemühte, um mit Hülfe derselben den Gegentheil zu überzeugen, auf der einen Seite: zu welcher empörenden, dem gesunden Menschenverstande zuwiderlaufenden Härte seine Ansicht führe, und

---

51) Es sei erlaubt, die Ansicht, welche zur Strafbarkeit des Versuchs Causalverbindung zwischen Handlung und Erfolg nicht verlangt, der Kürze wegen als die Tittmannsche zu bezeichnen, so wie wir die entgegengesetzte mit dem Namen der Feuerbachschen belegt haben.

52) Wir waren freilich auch hierbei auf die uns zu Gebote stehenden Mittel beschränkt; allein daß wir nicht jeden der neueren Schriftsteller, der sich zu dieser oder jener Ansicht bekannt hat, aufführten, bedarf wohl kaum einer Entschuldigung; denn auf Vollständigkeit in diesem Sinne war es gar nicht abgesehen.

Digitized by Google

andrerseits: welchen Gefahren der Staat und die Einzelnen ausgesetzt würden, wenn Handlungen, wie die beispielsweise vorgeführten, ungeahndet bleiben sollten, und wie man dann die Möglichkeit der Bestrafung so ganz vom Zufalle abhängig mache.

Zu den Argumentationen dieser Art lassen sich nun wohl nicht mit Unrecht manche Behauptungen im 1. Bande des N. Arch. (s. Anm. 40) zählen; namentlich wenn es daselbst unter Anderm heißt: die Ansicht, welche bei der Frage über das Dasein eines verbrecherischen Versuches nicht auf die Beschaffenheit der Mittel Rücksicht nehme, mache die Strafe, gegen die gewöhnliche auf sichere Grundlage gebauete Beweistheorie, von dem bloßen Bekenntnisse des Thäters abhängig; sie führe ferner zur Bestrafung der bloßen Absicht und stoße so einen Hauptsatz des Criminalrechts um: man müsse sich dabei nothwendig zu einer Menge von Absurditäten und namentlich auch zur Bestrafung derjenigen Eltern wegen versuchten Kindermordes verstehen, bei welchen zu große Armuth den Wunsch nach weniger Fruchtbarkeit ihrer mit Nachkommen überreichlich gesegneten Ehe rege gemacht habe, und die deshalb Gott bitten, eines oder einige ihrer Kinder zu sich zu nehmen, denn bei diesen sei offenbar **animus occidendi** vorhanden [53]). Wenn sich nun die Opposition durch solche Argumente angegriffen sah, so

---

53) Wie es der Richter hierbei anzufangen habe, um den im Gebete ausgesprochenen Wunsch der Eltern, Gott möge lieber eines ihrer Kinder sterben lassen, als sie sämmtlich der Gefahr zu verhungern aussetzen, in den **animus occidendi** zu verkehren, ist schwer einzusehen.

Digitized by Google

glaubte ſie wohl auch ihrer Seits in der Wahl der Gegenargumente nicht zu ängſtlich ſein zu müſſen, und es lag gewiſſermaßen in ihrem Intereſſe, zu zeigen, wohin die Feuerbachſche Anſicht, wenn man ſich bei Widerlegung derſelben ſolcher Gründe bedienen wollte, wie die Vertheidiger derſelben zu ihrer Rechtfertigung gebrauchten, am Ende führen müſſe; ſo daß es weniger befremdet, wenn z. B. Jarcke daraus die Strafloſigkeit der neueren Revolutionsverſuche folgerte, als daß er nicht vielmehr noch einen Schritt weiter gegangen iſt und geradezu die Behauptung aufgeſtellt hat: Diejenigen, welche Cauſalzuſammenhang verlangten, und ſomit Alles von der Möglichkeit der Producirung des beabſichtigten Erfolges durch die vorgenommene Handlung abhängig machten, müßten eigentlich jeden Verſuch, wenigſtens jeden ganz unſchädlich gebliebenen, unbeſtraft laſſen. Denn der Verſuch (in ſo weit der Thäter nicht aus bloßer Sinnesänderung zurückgetreten) beſtehe in der vereitelten Conſummation des beabſichtigten Verbrechens, und der Umſtand, daß es, ungeachtet der auf Vollendung gerichteten Abſicht und Handlung des Thäters, nicht zur Conſummation gekommen (beim Verſuche geblieben) ſei, beweiſe hinlänglich, daß die Handlungsweiſe unter den gegebenen Umſtänden zur Erreichung des Endzweckes untauglich und ſomit die Vollendung der Miſſethat **in concreto** unmöglich geweſen ſei.

Es bedarf auch wohl kaum einer Widerlegung 1) der Behauptung, die Tittmannſche Anſicht führe zur Beſtrafung der bloßen Abſicht; denn ſie beruht zu augenſcheinlich auf einer Verwechſelung und Gleichſtellung des bloßen Gedankens,

Digitized by Google

ein Verbrechen zu begehen, mit dem bereits zum Entschlusse gediehenen und in thätige Wirksamkeit ausgebrochenen Vorsatze. — 2) Eben auch nur aus dieser Verwechselung des durch die That hinlänglich manifestirten animus delinquendi mit dem bloßen Gedanken an das Verbrechen konnte die anderweite Beschuldigung hervorgehen, daß hier die Strafe lediglich von dem Bekenntnisse des Thäters abhängig gemacht werde, da ja bereits Schritte zur Ausführung des Verbrechens geschahen, also äußere Handlungen, als Verräther der bösen Absicht, vorliegen, durch welche das Geständniß bekräftigt wird, und welche sehr wohl so beschaffen sein können, daß sie auch ohne Geständniß zur Ueberführung des Thäters hinreichen. Damit ist aber gar nicht gesagt, daß der Versuch mit untauglichen Mitteln in jedem Falle gestraft werden müsse, denn es kann sich hier eben sowohl, als beim Versuche mit geeigneten Mitteln, und beim vollendeten Verbrechen, ereignen, daß für den Richter ein non liquet sich herausstellt, und somit eine Bestrafung unzulässig wird. Dann liegt aber der Grund in der besondern Beschaffenheit des einzelnen Falles, und der Umstand, daß bei einer gewissen Klasse von Handlungen der Beweis nicht selten schwer zu führen und zuweilen gar nicht zu erbringen ist, kann man doch unmöglich als einen Grund für die Strafloſigkeit aller in diese Kategorie gehörigen Fälle aufstellen wollen. Wenn also die Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen behauptet wird, so ist immer nur die Möglichkeit und Rechtmäßigkeit derselben im Allgemeinen gemeint — welche eben Feuerbach und seine Anhänger in Abrede stellen — deren Realisirung aber in concreto

Digitized by Google

immer noch von besondern Umständen, und vor Allem von dem Beweise abhängt, daß die fragliche Handlung wirklich in der Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu verüben, vorgenommen worden sei. — Wir enthalten uns auch der Anführung von Beispielen zur Bekräftigung des so eben Gesagten, welche mit gehöriger Mühe, und ohne dabei in das Gebiet des Unwahrscheinlichen hinüber zu schweifen, aufgefunden werden könnten, um so mehr, als es genügen wird, zu diesem Zwecke auf Oersted [54]) und Escher [55]) zu verweisen [56]). 3) Man

---

54) Grundregeln p. 177.

55) Vier Abhandlungen p. 169 flg.

56) Ganz ähnlich verhält es sich mit dem unserer Frage nahe verwandten Streite über den Moment, mit welchem die Strafbarkeit des Versuchs beginne. Wenn hier Einige, in Uebereinstimmung mit dem, dem subjectiven Gesichtspunkte huldigenden Französischen Gesetzbuche, die Vorbereitungshandlungen für straflos erklären, weil z. B. das Kaufen oder Präpariren des Giftes, das Anschaffen des Mordinstrumentes, das Hingehen mit einer Leiter nach dem Orte, wo furandi causa eingestiegen werden soll u. s. w., an sich gleichgiltige und völlig erlaubte Handlungen seien, welchen eben so gut eine ganz unschuldige Absicht zum Grunde liegen könne (s. namentlich das N. Arch. II. p. 602 flg.); so scheint dieser Ansicht ebenfalls eine Verwechselung der Möglichkeit und der Rechtmäßigkeit der Bestrafung zum Grunde zu liegen. Denn eben weil dergleichen Handlungen als Vorbereitungen zu einem Verbrechen unternommen wurden, haben sie aufgehört, rechtlich gleichgiltige zu sein, und kann man sie nicht mehr als erlaubte betrachten. Gleichwohl versteht es sich von selbst, daß, wenn diese Absicht dem Verbrecher nicht nachgewiesen werden kann, oder wenn (was häufig der Fall sein wird) solche Vorbereitungshandlungen gar nicht zur Kenntniß des Richters gelangen, auch nicht von einer Strafe die Rede sein könne. Wo freilich, wie im Code pénal, in der Bestrafung kein Unterschied zwischen Versuch und Voll-

Digitized by Google

hat ferner auch auf den Sprachgebrauch provocirt, dem es zuwiderlaufe, wenn man z. B. bei demjenigen, der Queckſilber in böſer Abſicht gab, vom Verbrechen der Giftmiſchung ſpreche. Allein theils liegt hier das Auffallende blos in dem, wie es ſcheint, abſichtlich gewählten, unpaſſenden Ausdrucke Giftmiſchung, der doch nichts Anderes als Vergiftung bedeuten ſoll, theils darin, daß der Unterſchied zwiſchen Verſuch und Vollendung nicht hervorgehoben iſt. Warum ſollte man nicht, ohne gegen den Sprachgebrauch zu verſtoßen, in dem obigen Falle ſagen können, der Thäter habe zu vergiften verſucht? Gewiß mit eben dem Rechte, als man bei demjenigen, der auf ſeinen Feind, um zu tödten, ſchießt, aber fehlt, zwar nicht von (vollendetem) Verbrechen des Mordes, wohl aber vom Verſuche zu tödten ſpricht. — 4) Demnächſt läßt ſich ebenfalls zu den blos ſcheinbaren Gegengründen, welche keineswegs als eine ſchlußgerechte und mit Nothwendigkeit aus der Tittmann'ſchen Anſicht ſich ergebende Folgerung angeſehen werden kann, die Behauptung rechnen, daß man auf dieſe Weiſe allen Unterſchied zwiſchen nächſtem und entferntem Verſuch vernichte. Denn da die Thätigkeit des Verbrechers in ſolchen Fällen ganz dieſelben Gradationen hat, indem dabei das aus Irrthum oder Verwechſelung gewählte untaugliche Mittel eben ſo angewendet wird, als ob es ein taugliches wäre, mithin der Thäter ſich durch dieſelbe Reihenfolge von Handlungen dem Endpunkte ſeines Wirkens nähert;

endung gemacht wird, da muß der Geſetzgeber auch, wenn er dem Vorwurfe der Grauſamkeit entgehen will, auf möglichſte Beſchränkung des Verſuchs bedacht ſein.

Digitized by Google

so ist durchaus nicht einzusehen, wie dadurch allein, daß das Mittel zur Hervorbringung blos des Erfolges, des äußern zur Vollendung des Verbrechens gehörenden Schadens, sich nicht qualificirte (die Handlung also Versuch bleiben mußte), die Möglichkeit jenes Unterschiedes aufgehoben werde. Freilich wenn man dabei wieder das leidige Todtbeten im Sinne hat, so ist der Vorwurf nicht ungegründet, denn hier läßt sich kein Fortschreiten, kein Annähern an das Ziel, sondern höchstens eine Wiederholung des nämlichen Actes denken. Allein wir halten eine Widerlegung aller derjenigen Argumente, welche nur dadurch die Tittmann'sche Ansicht als absurd darzustellen vermögen, daß man die Richtigkeit der aufgestellten Beschuldigung durch Beispiele nachzuweisen sucht, in welchen das Gebet, als Mittel zur Verübung des Verbrechens, eine Hauptrolle spielt [57]), für überflüssig, indem wir oben schon

57) So z. B. auch p. 187 im 1sten Bande des N. Arch., wo es heißt: „Will man die Meinung von der Strafbarkeit (der untauglichen Versuchshandlungen) geltend machen, so muß man dem Richter doch ein Criterion nachweisen, nach welchem er verschiedene Strafen anwenden muß; A. hat brandstiften, B. nothzüchtigen, C. tödten wollen; alle Drei wollen ihren Zweck durch Gebete erreichen. Da nun keine objective Unterscheidung da ist, so muß das Gesetzbuch dann erklären, daß die Beschaffenheit der Absicht den Ausschlag gebe: durch welchen Satz das Criminalrecht nothwendig jede feste Grundlage verliert."

Uebrigens wird man aber doch zugeben müssen, daß auch beim Versuch mit geeigneten Mitteln oft nur die Absicht den Ausschlag gebe, d. h. darüber entscheide, ob überhaupt eine Strafe, und welche, zur Anwendung zu bringen sei, indem man sich des nämlichen Mittels zur Realisirung ganz verschiedener Verbrechen, und unter Umständen selbst zur Erreichung erlaubter Zwecke bedienen kann, z. B. des Giftes als

Digitized by Google

gezeigt zu haben glauben, daß das Beten, als Mittel zu schaden, für den Criminalisten in das Gebiet der **cogitatio** gehöre, und ein auf diese Weise seinen Endzweck zu erreichen Strebender vielmehr von der Sündhaftigkeit seines Trachtens durch Belehrung und Zurechtweisung zu überzeugen, auch geeigneten Falls polizeilicher Obhut zu überweisen sei, keineswegs aber als Verbrecher processirt und bestraft zu werden sich qualificire. — 5) Wenn man endlich auch auf den auffallenden Widerspruch hingewiesen hat, in welchen die Tittmann'sche Ansicht mit dem von Mehreren behaupteten Milderungsgrunde wegen Mangels am Thatbestande gerathe; indem man hiernach, wenn ein oder das andere Merkmal des **corpus delicti** fehle, die ordentliche Strafe nicht anwende, und dann doch die Strafe des nächsten Versuchs, z. B. des Giftmordes, da annehme, wenn jemand nur Zucker statt Gift gab: so ist eben dieser Widerspruch nur für diejenigen vorhanden, welche eines Theils auch nach dem, was Mittermaier[58]) selbst, und neuerdings Oersted[59]) und Wächter[60]) dagegen gesagt haben, noch in dem Mangel am Thatbestande einen Milderungsgrund finden, und welche andern Theils von der Idee ausgehen, daß die Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen qualitativ

---

Heilmittel, oder um zu schaden, und im letztern Falle um zu tödten, oder nur um die Gesundheit zu verletzen; eben so des Schießgewehrs, um ein Wild zu erlegen, zu verwunden oder zu tödten; und welche erlaubte oder unerlaubte Zwecke kann nicht derjenige verfolgt haben, der beim Einsteigen in ein Gebäude ertappt wird?

58) Im N. Archiv III. p. 394 flg.

59) In seinen Grundregeln p. 119 flg.

60) Kritische Zeitschrift für Rechtswissensch. Bd. I. Heft 1. p. 41 flg.

Digitized by Google

und quantitativ dieselbe sei, wie beim Versuche mit geeigneten Mitteln

§. 6.

Selbstständige Gründe für die Nothwendigkeit der Causalverbindung.

Während im vorhergehenden Paragraphen vorzugsweise von denjenigen Fällen die Rede war, wo der auf Verübung eines Verbrechens Ausgehende deshalb seinen Endzweck verfehlte, weil er sich eines ganz ungeeigneten Mittels bedient hatte; so wollen wir jetzt, um nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben, unsere Untersuchung auch auf die zweite Klasse der hierher gehörigen Fälle erstrecken, wo es nämlich deshalb nicht zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens kommen konnte, weil die Thätigkeit gegen ein Object gerichtet war, welches entweder auf dem zur Ausführung bestimmten Orte gar nicht vorhanden war[61]), oder welchem es doch an derjenigen Beschaffenheit mangelte, durch deren Dasein der Begriff des vollen Verbrechens bedingt ist, während der in Unwissenheit befangene Thäter diesen Mangel nicht kannte, also den Gegenstand für vollkommen geeignet hielt. Die Gründe nun, durch welche man die Straflosigkeit dieser Art von Versuchshandlungen bekämpft hat, fallen theils mit den im vorhergehenden Paragraphen angeführten zusammen[62]), theils sind es selbst-

61) Z. B. das Gebäude, in welches, um zu stehlen, eingestiegen worden ist, steht ganz leer und verlassen, oder der Gegner, welcher in demselben mörderisch überfallen werden sollte, hatte es bereits wieder verlassen.

62) Dahin gehören namentlich die im N. Arch. I. p. 196—198 sub 3, 6—8 aufgezählten.

Digitized by Google

ständigere, d. h. nicht bloße aus der Tittmann'schen Ansicht, um diese zu widerlegen, gezogene Folgerungen, sondern aus dem Begriffe und Thatbestande des verbrecherischen Versuchs abstrahirte Argumente. Die Unhaltbarkeit jener glauben wir im §. 5. genügend dargethan zu haben, dagegen bedürfen die letzteren um so mehr einer weiteren Prüfung und Beurtheilung, als sie unbezweifelt von größerem Gewicht sind, und überdem nicht blos die Straflosigkeit des Versuchs wegen mangelhafter Beschaffenheit des Gegenstandes der That rechtfertigen, sondern überhaupt darthun sollen, daß ohne ursachlichen Zusammenhang der Handlung mit dem beabsichtigten Verbrechen ein strafbarer Conat gar nicht angenommen werden könne. Sie sind also zugleich entscheidend für den Versuch mit untauglichen Mitteln, und wir haben sie im vorhergehenden Paragraphen nur deswegen unberücksichtigt gelassen, weil es dort darauf abgesehen war, zunächst das weniger Erhebliche zu beseitigen.

Vermeiden wir nun aber die bisher in der Heraushebung einzelner Argumente gezeigte, und durch den nur angegebenen Zweck als gerechtfertigt erscheinende Willkühr gänzlich, und verfolgen wir vielmehr Schritt vor Schritt die Bahn, welche der gewandte Vertheidiger Feuerbach's eingeschlagen hat; so finden wir ihn [63])

1) von den Merkmalen des Versuchs im Allgemeinen, und des **conatus delinquendi** insbesondere, ausgehen, als welche folgende angegeben werden: der Handelnde muß einen

63) Im N. Arch. I. p. 165 u. 166.

bestimmten Zweck gehabt, er muß etwas und zwar hier ein Verbrechen beabsichtigt — er muß ferner zur Realisirung dieser Absicht bereits Schritte gethan, Handlungen vorgenommen haben, in welchen sich der feste Entschluß, das Verbrechen zu verüben, kund thut — und endlich es muß ungeachtet seines Bestrebens nicht zur Erreichung des Zweckes, oder richtiger zur Vollendung des Verbrechens gekommen sein, über welchen letzteren Punkt (wenn gleich in vielen Fällen der Begriff der Consummation sich schon aus dem gemeinen Sprachgebrauche ergiebt) [64]) lediglich das Gesetz entscheidet. Aus diesen Merkmalen ist denn auch p. 176 der Begriff des *conatus delinquendi* construirt, als eine äußere gesetzwidrige, zur Ausführung eines Verbrechens mit Vorsatz unternommene Handlung, bei welcher jedoch das Verbrechen nach seinem gesetzlichen Begriffe nicht vollständig geendigt worden ist, oder, wie man auch etwas concinner sagen könnte, eine äußere, absichtlich auf Hervorbringung des vollständigen Verbrechens gerichtete (gesetzwidrige) Handlung, in Folge welcher dieses gleichwohl nicht eingetreten ist [65]).

Demnächst wird p. 167 flg.

2) die Frage über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs erörtert und dahin entschieden, daß derselbe nicht, wie die Vertheidiger der relativen Strafrechtstheorien behaupteten, in der bloßen Manifestation des rechtswidrigen Vorsatzes durch äußere auf Verübung des Verbrechens ge-

64) S. Hepp Versuche p. 279 flg. u. Henke, Handbuch Th. 1. p. 245 u. 246.

65) Hepp l. c. p. 283.

Digitized by Google

richtete Handlungen, sondern mit der absoluten Theorie, welche, von der Idee der Gerechtigkeit ausgehend und die Strafe als wahre Vergeltung betrachtend, nur das bereits wirklich verübte Unrecht strafe, lediglich in der vorhandenen Gesetzübertretung zu suchen sei. Ein solches Unrecht oder eine wahre Gesetzesübertretung enthalte aber der Versuch erst dann, wenn die Handlung so äußerlich erkennbar und unzweideutig als verbrecherisch erscheine, daß sich der Handelnde vom Verbrechen gar nicht wegleugnen könne. Da überdem immer ein bestimmtes Verbrechen versucht werde, so müsse die Handlung, damit ihr, als einer gesetzwidrigen, die Strafe dieses Verbrechens folgen könne, gerade so beschaffen sein, wie sich die Gesetze dieselbe als strafwürdig vorgestellt hätten; es müßten daher in der Handlung des Versuchenden alle jene Merkmale liegen, welche nach dem gesetzlichen Ausspruche zum Thatbestande des beabsichtigten Verbrechens gehörten. Aus allem diesem wird nun p. 170 flg.

3) als Ergebniß aufgestellt, daß man beim Versuche vorzüglich auf die Handlung zu sehen habe, und so wie zu jedem Verbrechen als Merkmale nicht nur a) ein bestimmter Gegenstand gehöre, gegen dessen Rechte die verbrecherische Handlung gerichtet sei, und welcher noch eine eigene Beschaffenheit haben müsse, damit der verbrecherische Angriff darauf auch möglich sei, z. B. zum Kindermord ein Kind, und zwar ein lebendiges, zum Diebstahl eine Sache, und zwar eine fremde u. s. f., sondern auch b) noch gewisse Mittel, welche die verbrecherische Handlung ausmachten (?), z. B. zum Giftende ein Gift, zur Abtreibung der Frucht ein pellens: so sei

Digitized by Google

auch die Strafbarkeit der Versuchshandlungen durch das Dasein dieser Merkmale des vollendeten Verbrechens bedingt.

Alles, was nun noch weiterhin von p. 172 an über unsern Gegenstand gesagt ist, enthält nur Folgerungen aus den hier aufgestellten Grundsätzen, so wie ausführliche, an einer Menge von Beispielen anschaulich gemachte Nachweisungen darüber, wie sehr die Gegner — diejenigen nämlich, welche beim Versuche, dessen Begriff nach ihrer Ansicht ein rein relativer sei, Alles von der Absicht allein abhängig machten und demselben einen von dem des dadurch beabsichtigten Verbrechens ganz verschiedenen Thatbestand unterstellten — wie sehr diese gegen die Principien über den Begriff, Thatbestand und Grund der Strafbarkeit des Versuches verstießen, und zu welchen sonderbaren und mitunter absurden Consequenzen man bei der Durchführung ihrer Ansicht gelange.

§. 7.

Prüfung dieser Gründe;

und zwar 1) der Merkmale des Versuchs.

Wenden wir uns daher zurück zu den von Mittermaier aufgestellten obersten Grundsätzen, und untersuchen wir, ob und wiefern dieselben auf allgemeine Anerkennung Anspruch zu machen berechtiget seien, oder ob sie nicht vielleicht, wenigstens zum Theil, wiederum nur als nothwendige Folgesätze der von ihm vertheidigten Strafrechtstheorie, oder anderweiter mit dieser Theorie nicht so eng verbundenen Ansichten, erscheinen; so bedürfte es — die Erfordernisse des **conatus delinquendi** und insbesondere

Digitized by Google

1) den als erstes Requisit genannten rechtswidrigen Vorsatz anlangend, — hier einer Erwähnung des letzteren höchstens des Zusammenhanges wegen, da man bisher allgemein über die Nothwendigkeit dieses Merkmals zum Begriffe des Versuchs einverstanden war, und in der Annahme eines culposen Versuchs von jeher eine **contradictio in adjecto** gefunden hat. Allein in neuester Zeit hat Hepp einen wiederholten (und zwar vorsätzlichen) Versuch gemacht [66]), die Absichtlichkeit als ein zum Begriffe des Versuchs wesentliches Erforderniß weg zu raisonniren; ein Unternehmen, welches ihm jedoch nur auf die Weise gelingen konnte, daß er, weil der **conatus delinquendi** im Grunde in nichts Weiterem, als in dem Anfange eines Verbrechens bestehe, diesen letzteren Ausdruck: angefangenes oder nicht vollendetes Verbrechen, der erstern und gewöhnlichern Benennung, versuchtes Verbrechen, substituirt und beide identificirt, so daß nun die ganze Argumentation darauf hinausläuft: der Versuch besteht in dem Anfange des Verbrechens, oder, negativ ausgedrückt, er ist ein nicht vollendetes Verbrechen; die vollendeten Verbrechen sind aber entweder dolose oder culpose; nun kann man aber nichts vollenden, ohne es zuvor angefangen zu haben: also giebt es nicht blos bei den dolosen, sondern auch bei culposen Verbrechen einen — Anfang, d. h. einen Versuch. — Indessen wir glauben kaum, daß sich irgend jemand, der mit den Gesetzen des Denkens einigermaßen ver-

66) Zuerst in s. Versuchen p. 259 flg., (wogegen Mittermaier im N. Arch. X. p. 542) u. ganz kürzlich wieder in dems. Arch. Jahrg. 1836 p. 35—41.

Digitized by Google

traut ist, durch dieses blendende, nicht so nackt, wie hier geschehen, hingestellte, sondern mit einer beneidenswerthen Dialektik durchgeführte Raisonnement zu der Annahme eines culposen Versuchs, oder mit anderen Worten zu der Behauptung wird bewegen lassen, daß man etwas „ohne seinen Willen wollen könne." Denn wenn sich auch dawider nichts einwenden läßt, den **conatus delinquendi** als angefangenes oder nicht vollendetes Verbrechen (**delictum inchoatum s. non consummatum**) zu bezeichnen, so folgt doch keineswegs umgekehrt, daß jedes Unternehmen, welches, wenn nicht irgend ein Umstand hindernd dazwischen getreten wäre, in seinem Verlaufe wider den Willen des Handelnden einen strafgesetzwidrigen Erfolg producirt haben würde, ein Versuch, diesen Erfolg hervorzubringen, oder, richtiger gesagt, nicht zu vermeiden, genannt werden könne. Es scheint doch wohl nicht blos, sondern verhält sich auch in der That dem natürlichen allgemeinen Sprachgebrauche [67a]) zu Folge so, daß derjenige, welcher etwas versucht, nach einem Resultate hinarbeitet, einen bestimmten Zweck verfolgt [67b]), und eben nur in so fern, als er für dieses Resultat, für diesen Zweck (physisch oder blos psychisch) thätig ist (denn wir versuchen z. B. auch Gefühle, Gedanken u. s. w. zu unterdrücken), ein

---

67a) Welchen in unserer Wissenschaft zu verlassen durchaus kein höherer rechtfertigender Grund vorhanden sein dürfte. S. die eignen guten Bemerkungen Hepp's über diesen Gegenstand in s. Versuchen p. 281 u. 282.

67b) Auch der Unternehmer chemischer und physikalischer, der Verfasser civilistischer und criminalistischer Versuche.

Digitized by Google

Versuchender, d. h. ein diesen Zweck zu erreichen Strebender genannt werden könne. Ganz gleich verhält es sich — und dies dient gewiß zur Bestätigung des Gesagten — mit dem einfachen Zeitworte *suchen*, welches stets eine absichtliche Thätigkeit, ein Handeln zu einem gewissen Zwecke ausdrückt. Ich *suche* etwas, um es zu *finden*, wogegen bei einem *zufälligen* Finden auch nicht von einem voraufgegangenen Suchen die Rede sein kann, so wenig als bei einem *absichtslos* angerichteten Schaden von einem voraufgegangenen Versuche, diesen Schaden hervorzubringen. Gleichwie ich also finden kann, ohne vorher gesucht zu haben, so kann ich auch vollenden, ohne vorher *versucht* zu haben, oder mit anderen Worten, es kann sich etwas als Product meiner Handlung herausstellen, auf dessen Hervorbringung durch die Handlung es gar nicht abgesehen war. Aber freilich einen *Anfang* mußte ich in beiden Fällen machen, dort mit der Handlung, bei deren Vornahme ich zufällig fand, und hier mit der Handlung, durch welche ich absichtslos einen Schaden stiftete. Nicht also *jedes vollendete Verbrechen*, wie der Verfasser mit *Romagnosi*[67c]) behauptet, sondern nur das *dolose*, schließt

---

67c) Uebrigens lautet zwar bei dem Verfasser der Genesis des Strafrechts der obige Satz ganz so allgemein, wie ihn *Hepp* anführt; allein *Romagnosi* ist weit entfernt, die nämliche Folgerung daraus abzuleiten, wie *Hepp*; er konnte dies auch um so weniger, als aus seiner ganzen Darstellung (Genesis Th. IV. B. 1) unwiderleglich erhellt, daß, weil er a. a. O. nicht von vollendetem Verbrechen *überhaupt*, sondern nur bei Gelegenheit und im Gesetzsatz von dem *versuchten* handelt, unter dem vollendeten Verbrechen stets auch nur das *dolose* zu verstehen sei.

Digitized by Google

nothwendig auch den Verſuch zu demſelben in ſich [68a]). — Indeſſen wir wollen bei dieſem Streite um ſo weniger noch länger verweilen, als es ſich nur um die Exiſtenz einer **culpa attentata**, oder eines culpoſen Verſuchs ſeinem Begriffe nach handelt, während Alle, auch Hepp, anerkennen, daß es an allen rechtlichen Gründen fehle, dergleichen möglicher Weiſe Schaden bringende Handlungen, ſo lange ſie noch keine Verletzung zur Folge gehabt hätten, einer eigentlichen Criminal-

---

68a) Auch im weiteren Verlaufe ſeiner neueſten Anmerk. 66 cit. Abhandlung über den Verſuch p. 56 und 64 hat Hepp von dieſem in der That zu viel, mithin nichts beweiſenden Argumente Gebrauch gemacht, indem er daſſelbe benutzt, um gegen Mittermaier darzuthun, daß auch bei den im Affecte und in einem affectähnlichen Zuſtande verübten Verbrechen die Möglichkeit eines ſtrafbaren Conates nicht ausgeſchloſſen ſei. Allein ſeine diesfallſige ſehr gelungene Ausführung hat durch den Satz: „weil man kein Verbrechen vollenden kann, ohne es angefangen zu haben, mithin in jedem vollendeten Verbrechen auch der Verſuch zu demſelben enthalten iſt; ſo läßt ſich auch bei den im Affect verübten Delicten ein Verſuch unterſcheiden" — ſchwerlich an Beweis-Kraft gewonnen. — Grolman übrigens (Grundſätze §. 49.) auf den ſich der Verfaſſer noch beruft, ſpricht eben ſo wenig als Romagnoſi von einem ſtrafbaren culpoſen Verſuche, ſondern er ſagt nur, es gebe Handlungen, welche, wenn ſie auch glücklicher Weiſe keine Verletzung erzeugten, dennoch als unzweideutige Beweiſe der Sorgloſigkeit und Unbeſonnenheit ihres Urhebers ſich als ſtrafwürdig darſtellten, und auch in den meiſten Geſetzgebungen mit Strafe bedroht ſeien. S. übrigens auch deſſen Grundſätze §. 31, wo der Verſuch als eine Unternehmung zur Bewirkung von Rechtsverletzungen definirt iſt. — Stübel hingegen (Syſtem des allgem. peinl. R. B. II. §. 329 [nicht §. 289]) nimmt allerdings Anfang und Verſuch gleichbedeutend, und ſagt deshalb: Auch kann der Verſuch eine Handlung der Schuld ſein, denn das, was wir ſo nennen, kann eben ſowohl entweder vollendet oder unvollendet ſein. —

Digitized by Google

ſtrafe zu unterwerfen, indem vielmehr die zu deren Verhütung der Polizeigewalt zuſtehenden Mittel für vollkommen ausreichend zu halten ſeien.

Doch gehen wir nun nach dieſer Vindication des **dolus** als nothwendig und weſentlich für den Begriff des **conatus delinquendi,**

2) zu dem zweiten von den oben angeführten Merkmalen über, durch welches der Begriff eines verbrecheriſchen Verſuches bedingt iſt, und welches in einer äußern, auf Verübung des intendirten Verbrechens gerichteten Handlung beſteht.

Auch hierin, nämlich daß bloße Gedanken und Entſchlüſſe ſtrafbar ſeien, ſind Alle einverſtanden. Nur verſteht ſich, daß zu der äußeren Handlung, in welcher ſich der verbrecheriſche Entſchluß kund gethan haben muß, nicht jede Manifeſtation des **animus delinquendi** genüge, namentlich bloße Aeußerungen und Mittheilungen, daß man Willens ſei, dieſes oder jenes Verbrechen zu begehen, ſeien dieſe nun an dritte Perſonen oder an den Bedrohten ſelbſt gerichtet [68b]), ſondern daß man darunter nur einen ſolchen Act verſtehen dürfe, welcher als ein eigentliches Glied in der Reihenfolge der zur Verwirklichung des verbrecheriſchen Vorhabens unternommenen Handlungen erſcheint, oder — wie man auch, ohne deshalb zur Annahme der Strafloſigkeit der ſogenannten Vorbereitungshandlungen genöthigt zu werden, ſagen könnte, — der

---

68b) Vergl. hier insbeſondere Henke, Handbuch Th. I. p. 195 u. 198.

Digitized by Google

wenigstens einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthält. Denn wir glauben, und können dabei wohl auf die Beistimmung jedes Unbefangenen rechnen, daß die Bezeichnung „Anfang der Ausführung des bezielten Verbrechens," welche u. A. der Baiersche Strafgesetz-Entwurf vom Jahre 1822 mit so vielem Bedacht gewählt hat, um dadurch die blos vorbereitenden Handlungen von dem Begriffe des strafbaren Conats auszuschließen, jeden Falls die Thätigkeit auch desjenigen unter sich befasse, der sich z. B. das Gift oder die Waffe, mit welcher er einem Andern nach dem Leben trachtet, erst angeschafft hat, und daß es einer sehr willkührlichen Interpretation jenes Ausdrucks bedürfe, wenn man demselben nur von dem Falle verstanden wissen will, wo sich der Thäter bereits in die Lage versetzt hat, jene Mittel sofort in Wirksamkeit setzen zu können [69]). Angefangen hat doch gewiß der Mörder die Ausführung seines Verbrechens mit dem ersten Schritte, welchen er zur Verwirklichung des letzteren in der Außenwelt vornimmt. — Allein unser Verfasser begnügt sich auch nicht mit der äußeren Handlung in dem angegebenen Sinne, sondern er verlangt noch eine besondere objective Qualification derselben; sie soll nämlich zugleich so beschaffen sein, daß aus ihr der feste Entschluß, das Verbrechen begehen zu wollen, hervorleuchtet. Deshalb spreche man (heißt es p. 166) von dem Versuche eines Diebstahls, wenn der zum Stehlen Entschlossene bereits auf der Leiter stehe, um einzusteigen, oder die Hand ausstrecke, um

69) S. auch Mittermaier, im N. Arch. II. p. 604 flg.

Digitized by Google

die Sache zu ergreifen, nicht aber, so lange jemand, nur entschlossen, ein Verbrechen zu begehen, noch nicht zu handeln angefangen habe. — Wer möchte aber wohl behaupten, daß der Dieb, bevor er nicht auf der Leiter stehe, oder nicht die Hand ausstreckte, nur erst entschlossen sei, zu stehlen, noch nicht zu handeln angefangen habe? Welche Reihe von Handlungen kann nicht möglicher Weise zwischen dem bloßen Entschlusse und dem Momente inne liegen, wo der Dieb im Begriffe steht, sich der Sache zu bemächtigen, und wie nothwendig müssen nicht schon Handlungen voraufgegangen sein, ehe er bis dahin gelangen konnte, daß die Vollendung des Verbrechens nur noch von einem Handgriffe abhing. — Doch wir müssen hier einem möglichen Einwurfe begegnen. Es könnte nämlich den Anschein gewinnen, als machten wir ohne Noth Schwierigkeiten und wollten den Verfasser absichtlich mißverstehen, indem er durch die angeführten Beispiele nur habe andeuten wollen, wie in seinem Sinne eine Handlung beschaffen sein müsse, um aus ihr mit Sicherheit einen Schluß auf die Festigkeit des verbrecherischen Vorsatzes ziehen zu können, nicht aber habe damit dasjenige, was wir daraus folgerten, behauptet werden sollen. Allein wer die fragliche Stelle bei dem Verfasser im Zusammenhange liest, wird finden, wie genau die Beispiele des versuchten Diebstahls mit der geforderten Beschaffenheit der äußern Handlung in Verbindung gesetzt sind, und wie bestimmt das Nichthandeln, das bloße Entschlossensein in Gegensatz gebracht ist zu den angeführten Versuchshandlungen; so daß nichts natürlicher und ungezwungener erscheint, als der Schluß: so lange der Dieb

Digitized by Google

noch nicht auf der Leiter steht, oder die Hand ausstreckt, hat er nicht gehandelt, also noch weniger versucht zu stehlen, sondern ist nur erst entschlossen, ein furtum zu begehen.

Nehmen wir nun aber auch an, dieser Schluß sei gegen den Sinn, welchen der Verfasser durch seine Worte habe ausdrücken wollen, so geht doch jeden Falls so viel daraus hervor, daß der Dieb, bevor er die oben bezeichneten Schritte gethan, zwar wohl gehandelt, aber sich noch keines versuchten Diebstahls schuldig gemacht habe, und zwar aus keinem anderen denkbaren Grunde, als weil er durch frühere Handlungen, also z. B. durch das Hingehen mit der Leiter und Anlegen derselben an das Gebäude, in welches eingestiegen, durch das Hineinschleichen in das Zimmer, aus welchem gestohlen werden sollte u. s. w., noch nicht den festen Entschluß zu stehlen an den Tag gelegt, oder weil er dann, wie der Verfasser sich später ausdrückt, noch nicht gewissermaßen eine **praesumtio doli ex re** gegen sich hat, vielmehr sich immer noch von dem Verbrechen wegleugnen kann.

Allein hiermit, dünkt uns, hat der Verfasser ein Requisit des **conatus delinquendi** aufgestellt, für welches es schwer halten dürfte, Rechtsgründe, oder auch nur überwiegende Gründe der Politik aufzubringen, und dessen Vorhandensein nach den allgemeinen über den Criminalbeweis geltenden Principien, je nach Verschiedenheit der Fälle, bald durchaus nicht nöthig sein, bald aber gar nicht einmal genügen wird, um jemanden eines Versuchs wegen bestrafen zu können; kurz ein von ihm selbst erst geschaffenes und mit seiner Grundansicht von dem Conat und dessen Strafwürdigkeit genau zusammen-

Digitized by Google

hängendes Erforderniß, deſſen gesetzliche Anerkennung mit der Verbindlichkeit des Staates, ſeine Mitglieder ſo viel als möglich vor willkührlichen Verletzungen der Uebelgeſinnten ſicher zu ſtellen, ſich nicht wohl vereinigen laſſen wird. Oeffnet man nicht ſelbſt den Verbrechern gewiſſermaßen Thor und Thür, wenn man ſie erſt dann zur Rechenſchaft und Strafe ziehen will, wenn ſie bereits ſo weit vorgeſchritten waren, daß ihre That, und dieſe allein, ſo gegen ſie zeugt, daß es ihnen unmöglich iſt, ſich von dem Verbrechen wegzuleugnen? Und muß nicht ein ſolcher der Verwegenheit und Frechheit derjenigen, welche es auf Leben oder Gut ihrer Mitmenſchen abgeſehen haben, Vorſchub leiſtender Grundſatz dazu beitragen, daß Verbrechen um ſo ungeſcheuter und häufiger verübt werden, da jeder verſichert ſein kann, es bringe ihm keinen Nachtheil, wenn er ertappt werde, bevor er, auch beim ernſteſten Willen, die That zu verüben, eine ihrer äußern Erſcheinung nach unzweideutig als verbrecheriſch ſich ankündigende Handlung unternommen habe, aus welcher allein ſchon unmittelbar auf das Daſein und die Feſtigkeit ſeines animus delinquendi geſchloſſen werden kann? — Wir gehören gar nicht zu der Zahl derjenigen, welche da glauben, mit Strafen allein, und zwar mit vielen und harten Strafen, laſſe ſich Alles erzwingen, und könne insbeſondere ein ruhiges und ungeſtörtes Beiſammenleben mit Sicherheit erzielt werden; auch iſt nicht zu befürchten, daß dieſer Rigorismus früherer Zeiten in unſeren Tagen, wo vielmehr Alles zur Milde und zum Mitleiden mit den Gefallenen ſich hinneigt, wieder die Oberhand gewinnen werde (es wäre denn unter dem Deckmantel eines in

Digitized by Google

Wuth gegen die Sünde ausbrechenden pietistischen Obscurantismus); aber nicht unbeachtet sollten Männer von Einfluß auf die Gesetzgebung ihrer Zeit die Mahnung an sich vorübergehen lassen, daß man, bei dieser ziemlich allgemeinen Richtung, über der Sorgfalt und Schonung, mit welcher man gegen die Einzelnen und gerade diejenigen verfährt, welche sich des Staatsschutzes unwürdig gezeigt haben, Gefahr laufe, das Wohl und die Sicherheit des Ganzen aus dem Auge zu verlieren. Wenn die im Gesetz angekündigte Strafe für diejenigen, welche das Vernunftgesetz verleugnend, ihren Willen durch die Sinnlichkeit bestimmen ließen, wenigstens noch ein äußerer Abhaltungsgrund von verbrecherischen Unternehmungen sein soll, so trägt der Gesetzgeber nicht nur selbst zur Vereitlung dieses Zweckes bei, wenn er die Ausübung seines Rechts wiederum von solchen factischen Voraussetzungen, als die in Frage stehenden, abhängig macht, sondern durch die den Böswilligen auf diese Weise ertheilte Garantie der Unsträflichkeit reizt er sogar zur Erstarkung des bloßen leicht sich ändernden Gedankens zum Entschlusse, dessen Ausbrechen in die That nur dann erst der Gefahr bestraft zu werden aussetzt, wenn nur noch wenig mehr an der Vollendung fehlt.

Es ist bekannt, daß einige der neuesten Gesetzentwürfe, namentlich der Baiersche, Hannoversche und Würtembergische, nach dem Muster des **Code pénal** und wenigstens scheinbar [70]) auch der Oesterreichischen Strafgesetzgebung die

---

70) S. aber Jenull's Commentar zu Thl. I. Art. 7 u. 8 des Oesterreichischen Strafgesetzbuchs.

Digitized by Google

Vorbereitungen zu einem Verbrechen [71]) aus der Reihe der strafbaren Versuchshandlungen verwiesen haben; allein, auch abgesehen davon, daß sie den an sich höchst schwankenden und einer vieldeutigen Auslegung fähigen Begriff von Vorbereitungshandlungen enger fassen, als unser Verfasser [72]), und daß sie es doch für nöthig fanden, eine gewisse Anzahl von Ausnahmen zu statuiren [73]); so sind die in den Motiven [74]) zur Rechtfertigung der Regel mitgetheilten Gründe, deren genauere Beleuchtung zu weit von unserm Ziele abführen würde, nicht von solchem Gewicht, daß sie jede künftige Gesetzgebung zur Nachahmung bewegen sollten, besonders wenn man dabei noch Folgendes nicht außer Acht läßt:

1) Der Umstand, daß die fragliche Handlung in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, unternommen worden, muß erwiesen sein, und es versteht sich, daß, wenn es daran fehlt, auch nicht gestraft werden kann.

2) Dies vorausgesetzt aber liegt gar keine Härte in der Bestrafung auch schon solcher Unternehmungen, welche sich

---

71) Und diese sind es, von deren Bestrafung nach dem von Mittermaier aufgestellten (und von uns bestrittenen) Erfordernisse eines **conatus delinquendi** natürlich nicht die Rede sein kann.

72) S. namentlich die Motive zu dem Würtemb. Strafgesetz-Entwurfe p. 44 u. 45.

73) S. die angef. Motive p. 43 u. 44. — Eben diese für nothwendig erachteten Ausnahmen verdächtigen das ganze Princip.

74) Uns liegen zunächst nur die 1835 erschienenen Motive zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Würtemberg (p. 42 u. 43) vor, indessen vergl., was die Baierschen anlangt, Roßhirt, Abhandlungen civil. u. crim. Inhalts Bd. I. p. 290.

Digitized by Google

nicht schon ihrer äußern Erscheinung nach als unzweideutig verbrecherische ankündigen; vielmehr dürfte eine geringfügige durch den Richter zuerkannte Strafe (wie sie in solchen Fällen gewöhnlich nur eintreten kann) ein sichereres und der Gerechtigkeit entsprechenderes Mittel sein, als die Polizeimaßregeln, welche man gegen dergleichen Individuen ergriffen wissen will, und welche in der Anwendung entweder zu wahren Strafen werden, oder zu nichts fruchten *).

3) Auf die beiden oben genannten und insbesondere auf die Französische Gesetzgebung, kann man sich als Muster deshalb nicht berufen, weil diese bei der Bestrafung des Versuchs ein ganz anderes, eine nothwendige Beschränkung des **conatus delinquendi** erheischendes [75]) Princip befolgen, als jene Entwürfe.

4) Der Grund aber, daß auf diese Weise eine Menge, am Ende doch zu keinem bestimmten Resultate, oder höchstens zu einer geringen Strafe, führender Untersuchungen abgeschnitten, und dem Richter Mühe, Zeit und Kosten erspart werden, (worüber freilich wieder die Polizeibehörden, deren Thätigkeit nun um so mehr wieder in Anspruch genommen wird, sich beschwert fühlen könnten), ist wenigstens für das vorliegende **thema probandum** so auffallend [76]), daß man ihn füglich auf sich beruhen lassen kann, und tritt wohl überdem der Wahrheit etwas zu nahe, da der Natur der Sache

*) S. auch die treffende Bemerkung Escher's, Vier Abhandlungen u. s. w. p. 172.

75) S. oben Anm. 56. a. E. u. Anm. 70.

76) Unwillkührlich wird man dabei an die **transactio pro redimenda vexa** erinnert.

Digitized by Google

nach Vorbereitungshandlungen nur in seltenen Fällen zur Cognition der Gerichte gelangen.

5) Man hat wohl auch behauptet, daß durch das Ausschließen der Vorbereitungen vom Umfange des strafbaren Conatus alle Grade des Versuchs entbehrlich gemacht, und so die Gerichte der oft sehr schwierigen Untersuchung, welcher Grad des Versuchs vorhanden sei, gänzlich überhoben würden; ohne zu bedenken, daß dann an die Stelle der dadurch allerdings beseitigten Schwierigkeit nur eine zweite noch bedenklichere tritt. — Denn während bei der Annahme von Graden des Conates die Entscheidung der Frage nicht selten Zweifel erregen wird, ob naher, oder nur entfernter Versuch vorhanden, ob also eine größere oder geringere Strafe zur Anwendung zu bringen sei, so wird bei der entgegengesetzten Annahme eben so oft der nicht weniger intrikate und wegen seiner Folge noch erheblichere Zweifel sich herausstellen, ob diese oder jene Handlungsweise schon einen Versuch im Sinne des Gesetzes enthalte, ob also überhaupt eine Strafe zuerkannt werden könne, oder nicht *).

Fassen wir nun das Resultat des bisher gegen Mittermaier Ausgeführten kurz zusammen, so gehört zum strafbaren Versuch eine äußere, in der Absicht und zu dem Zwecke, ein Verbrechen zu verüben, vorgenommene und auf dessen Vollendung (im Sinne des Gesetzes) nur erst abzielende Handlung: ohne Unterschied, ob der Zwischenraum zwischen der letzteren

*) S. Oersted Ausführl. Prüfung des Baierschen Entwurfs v. J. 1822. p. 150 u. 51.

Digitized by Google

und der Consummation größer oder kleiner war, so daß es nur noch eines oder einiger oder mehrerer Acte bedurfte, um denselben auszufüllen; ohne Unterschied ferner, ob die Handlung an sich schon, ihrer äußeren Erscheinung nach, sich als eine unzweideutige verbrecherische darstellt (so daß sich der Thäter vom Verbrechen nicht mehr wegleugnen könnte, gewissermaßen eine **praesumtio doli ex re** gegen sich hätte), oder ob sie diesen Charakter erst durch ihre Beziehung auf den gesetzwidrigen Zweck erhält, welchen der Thäter durch dieselbe zu erreichen strebte; vorausgesetzt nur, daß dieser böse Wille, sei es durch Geständniß oder auf andere Weise, erwiesen wurde. Und so würden wir nicht anstehen, sowohl denjenigen wegen eines entfernten **conatus veneficii** zu bestrafen, gegen welchen fest steht, daß er den bei ihm vorgefundenen Wein in der Absicht vergiftet habe, um ihn demnächst seinem Gegner vorzusetzen, als den andern, dem es nur erst gelungen war, sich das Gift zu dem nämlichen Zwecke zu verschaffen, ohne daß er bereits die nöthige Mischung vorgenommen hatte. Nicht weniger hat sich der Dieb, der in der Stube, in welche er sich, um zu stehlen, nur erst eingeschlichen hatte, ertappt wird, eines versuchten Diebstahls, und der Ehemann, der sich einen Strick kaufte, um mit Hülfe desselben seine Frau aufzuknüpfen, eines **conatus remotus parricidii** schuldig gemacht, wenn nur dort der **animus furandi** und hier der **animus necandi** hergestellt ist; was freilich in diesen und ähnlichen Fällen bei fehlendem Geständniß seine besonderen Schwierigkeiten haben und nicht selten unmöglich sein wird; woraus denn aber wiederum nur folgt, daß ***in concreto*** nicht gestraft werden könne,

Digitized by Google

keineswegs aber, daß im Allgemeinen bei den sogenannten Vorbereitungshandlungen, eine Strafe gar nicht zulässig sei.

§. 8.

2) Ueber den Grund der Strafbarkeit des Versuchs.

Daß auch schon der Versuch zu Verbrechen zu den strafwürdigen Handlungen gehöre, und daß der Staat nicht blos ein Recht habe, denselben mit Strafe zu bedrohen, sondern im Interesse der öffentlichen Sicherheit auch verpflichtet sei zur Bestrafung desselben, ist wohl allgemein anerkannt [77]), wenn gleich die weitere hiermit verwandte Frage, ob es für den **conatus delinquendi** erst einer besondern Strafandrohung bedürfe, oder ob diese nicht vielmehr schon in der Verpönung des vollendeten Verbrechens mit enthalten sei, noch in neuester Zeit als bestritten erscheint, und es auch so lange bleiben wird, als man sich über Bedeutung und Umfang des Feuerbach'schen Grundsatzes **„nullum crimen et nulla poena sine lege poenali"** nicht wird vereinigen können [78]). Allein worin

---

77) Hepp, Versuche p. 284. Roßhirt, Zwei criminalistische Abhandlungen (als Anhang zu seiner Entwickelung u. s. w.) p. 106.

78) S. Mittermaier, der die im Bd. I. p. 169 des N. A. vertheidigte Ansicht — zu welcher sich u. A. auch Oersted, Grundregeln p. 157, u. Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze u. s. w. §. 1. u. 2. a. E. und in dem in der vorigen Anmerkung citirten Buche bekennen — späterhin z. B. im N. A. Bd. X. p. 542 und in der von ihm besorgten 12ten Ausgabe des Feuerbach'schen Lehrbuches §. 42. Not. 1. (woselbst er sich aber mit Unrecht auf seine gerade das Gegentheil von dem, was dadurch belegt werden soll, enthaltende Abhandlung

Digitized by Google

liegt der eigentliche Grund der Strafbarkeit des Versuchs? Nicht die thatlose Absicht allein ist es, welcher das Strafgesetz mit seinen Folgen entgegentritt, denn **cogitationis poenam nemo patitur**, und eben so wenig die absichtslose Handlung, denn es giebt keinen culposen Versuch. Wenn nun aber durch beide, **dolus** und **factum**, das Dasein und die Strafbarkeit des Conates bedingt wird, so fragt sich, welches ist das eigentlich strafwürdige Moment — der auf Verübung des Verbrechens gerichtete und bereits mit Thatkraft in Verbindung gesetzte böse Wille, oder die Beschaffenheit der in verbrecherischer Absicht unternommenen Handlung?

Machen wir die Entscheidung dieser, unser Hauptthema über Causalverbindung wesentlich alterirenden Frage von dem Ausspruche der verschiedenen Strafrechtstheorieen abhängig, so läßt sich schon im voraus erwarten, daß auch das Resultat ein ganz verschiedenes sein werde. Denn es leuchtet ein, daß eine Theorie, nach welcher die subjective Seite der Strafbarkeit die überwiegende und hauptsächlich entscheidende ist, folgerecht auch in dem bösen Willen, diejenige aber, welche das meiste Gewicht auf die objective Seite legt, in der Handlung den vorzüglichen Grund der Strafbarkeit (auch bei dem Versuche) finden wird. Freilich geben uns die meisten philosophischen Untersuchungen über das Strafrecht über diesen Punkt gar keinen

---

im Bd. I. des N. A. beruft) wieder zurückgenommen hat, und der Feuerbach'schen, besonders von Hepp sehr gut ausgeführten beigetreten ist. S. Feuerbach, Revision Th. II. p. 267 u. 268 und Hepp l. c.

Digitized by Google

oder doch nur sehr ungenügenden Aufschluß [79]), indem die Urheber der verschiedenen Theorieen bei Aufstellung ihrer Principien in der Regel nur das vollendete Verbrechen vor Augen haben, um die Anwendbarkeit jener auf den Versuch aber sich gar nicht bekümmern. Man sollte wohl meinen, was vom Ganzen gelte, müsse auch von seinen Theilen gelten, oder mit anderen Worten, auf welchen Gründen die Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens beruht, auf eben diesen Gründen könne auch nur die Strafbarkeit des Versuchs beruhen. Allein wenn die Principien einer Theorie wesentlich nur auf das vollendete Verbrechen, und auf den durch dasselbe gestifteten Schaden berechnet sind, so wird auch eine Anwendung dieser Grundsätze auf die bloßen Versuchshandlungen, denen gerade das Merkmal der Vollendung abgeht, nicht wohl möglich sein. Etwas auffallend ist in dieser Beziehung das Raisonnement Mittermaier's [80]), welcher aus den Theorieen der relativen Strafgerechtigkeit und insbesondere der Besserungs-, Präventions- und Abschreckungs-Theorie, nach welchen die Strafe immer einen äußern Zweck erreichen solle, und daher mit Rücksicht auf die Zukunft angewendet werde, als ein gemeinsames Ergebniß ableitet, daß bei ihnen die Strafe schon durch das Dasein der bösen, dem Rechtszustande gefährlichen Gesinnung, welche der Handelnde durch sein Unternehmen ausgesprochen habe, gerechtfertigt werde, und daß sie daher vorzüglich auf die böse Absicht sehen. Dahingegen beziehe

79) Z. B. Feuerbach, Lehrbuch §. 42, bei dem sich gar keine Rechtfertigung der Strafbarkeit des Versuchs findet.

80) Im N. A. I. p. 167 flg.

Digitized by Google

die Theorie der absoluten Strafgerechtigkeit die Strafe nicht auf die Zukunft und nicht auf die Gefährlichkeit, sondern sehe, indem sie eine wahre Vergeltung der begangenen Uebelthat bezwecke, bei Anwendung derselben nur auf die Vergangenheit, und strafe nur, wenn und weil ein Unrecht wirklich verübt worden sei. Dadurch erhalte der Richter einen sicheren, äußerlich erkennbaren, nicht von der bloßen Absicht abhängig gemachten, sondern in der Handlung des Uebelthäters selbst liegenden Maßstab zur Beurtheilung des Unrechts, dem zu Folge auch die Versuchshandlung nur, wenn und weil in ihr die Merkmale einer wahren Gesetzesübertretung liegen, bestraft werde.

Diesemnach würde man also, nach einer, so viel uns bekannt, zuerst von Pölitz[81]) gebrauchten Classification, die absolute als die objective, die relative aber als die subjective Theorie zu bezeichnen haben, bei jener wäre die Handlung, bei dieser die Absicht das die Strafbarkeit bestimmende Moment. Allerdings verhält es sich nun auch so mit der Präventions- und Besserungs-Theorie. Bei dieser ist es die widerrechtliche, durch die Handlung ausgesprochene Gesinnung, welche über die Strafbarkeit des Thäters entscheidet, diese soll gebessert, ihrem künftigen Ausbruche durch Strafe vorgebeugt werden, und es kann mithin, sobald nur die rechtswidrige Absicht constatirt ist, gar nichts auf die Beschaffenheit der Handlung, d. h. darauf ankommen, ob diese zur Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges sich qualificirte, oder

81) Die Staatswissenschaften, im Licht unserer Zeit. Th. I. p. 275.

Digitized by Google

nicht. Allein es beruht auf einer Täuschung, wenn man glaubt, dieses Nichtbeachten der Beschaffenheit einer in sträflicher Absicht unternommenen Handlung sei eine die relativen Theorieen überhaupt charakterisirende Eigenthümlichkeit, und eine nothwendige Folge davon, daß sie durch die Strafe immer einen äußeren Zweck erreichen wollten. Vielmehr ist dies nur eine mögliche Folge der sogen. Nutzungstheorieen, und richtet sich lediglich nach der Natur des besondern Zweckes der einzelnen Theorieen; weshalb es denn geschehen kann, daß man bei der einen zu diesem, bei einer anderen zu dem gerade entgegengesetzten Resultate gelangt. Und so würde namentlich, wenn auch Feuerbach nicht ausdrücklich erklärt hätte, bürgerlich strafbar sei eine Handlung nur dann, wenn sie äußerlich rechtswidrig, d. h. wenn durch sie ein Recht verletzt oder gefährdet werde, doch schon aus seinem Strafzwecke folgen, daß die rechtswidrige Absicht allein keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit gebe; denn wozu bedürfte es der Abschreckung durch das Strafgesetz von Handlungen, die, wenn auch in verbrecherischer Absicht unternommen, doch äußerlich so beschaffen sind, daß sie den Naturgesetzen zu Folge eine Rechtsverletzung gar nicht hervorbringen können? [82]).

Wenn es demnach als erwiesen zu betrachten ist, daß nicht allen, sondern nur einigen Theorieen der relativen Straf-

---

82) Hepp, Versuche p. 327. — Zu demselben Ergebniß führt auch die relative Theorie Romagnosi's; s. dessen Genesis des Strafrechts Th. IV. Bd. II. Kap. 1 u. 2. und Luden in der Vorrede zu seiner Uebersetzung dieses Werkes p. XIX—XXIII.

Digitized by Google

gerechtigkeit das Merkmal der Subjectivität in dem oben angegebenen Sinne zukommt; so bliebe noch zu untersuchen übrig, mit welchem Rechte man andererseits die absolute Theorie als diejenige bezeichnen könne, welche bei Beurtheilung der Strafbarkeit einer Handlung vorzugsweise auf deren äußere Beschaffenheit Rücksicht nehme. Allein auch diese Theorie ist im Laufe der Zeit nicht eine und dieselbe geblieben. Sie wurde von ihren unter sich selbst so uneinigen Stiefschwestern, den relativen Strafrechtssystemen, welche fast nur in der Bekämpfung des Absolutismus im Strafrecht, als ihres gemeinsamen Gegners, einen Vereinigungspunkt fanden, allseitig angefochten, und sah sich, wenn auch festhaltend an der Begründung der Strafe durch eine innere Vernunftnothwendigkeit — Strafe muß sein, weil eine innere unabweisliche Stimme zur Vergeltung des Guten sowohl als des Bösen auffordert und Schuld und Strafe sich dem menschlichen Bewußtsein nicht minder als unzertrennlich verknüpft, als nothwendig bedingt durch einander, ankündigen, wie (Verdienst) Tugend und Lohn — zur Rettung ihrer hart bedrängten Existenz genöthigt, in immer neuer Gestalt und unter mancherlei mit ihrem Grundcharakter schwer zu vereinigenden Modificationen aufzutreten. Auf diese Weise ist es denn gekommen, daß man auch bei ihr mehrere Arten zu unterscheiden hat, welche zwar sämmtlich darin übereinstimmen, daß die Strafe nicht zu irgend einem bestimmten äußeren Zwecke, um eines Nutzens willen, sondern lediglich darum, weil eine Uebelthat begangen worden, verhängt werde, im übrigen aber, und namentlich was das Princip für den Maßstab der Strafe anlangt, wesentlich von einander abwei-

Digitized by Google

chen, so daß, was der einen gemäß ist, der andern zuwider sein kann.

So ist auf den ersten Anblick klar, daß, wer von der absoluten Theorie behauptet [83]), ihr gebühre der Vorzug, daß sie bei Beurtheilung der Strafbarkeit einer Handlung sich vornehmlich durch objective, d. h. in der Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach liegende Rücksichten bestimmen lasse, die sogenannte moralische Wiedervergeltungslehre [84]), welche das Verbrechen nach dem Grade, in welchem es der Tugend widerspricht, bestraft wissen will, nicht gemeint haben könne, indem diese zwar als die consequenteste, aber eben in ihrer folgerechten Durchführung auch als die unhaltbarste und zugleich unbrauchbarste sich darstellt [85]) und, worauf es hier zunächst ankommt, nothwendig zu dem gerade entgegengesetzten Resultate, nämlich zur bloßen Berücksichtigung der Gesinnung hinführt.

Anders verhält es sich dagegen mit der Theorie der rechtlichen und zwar materiellen Wiedervergeltung, welche,

---

83) Mittermaier hat sich übrigens, so viel uns bekannt, nirgends ausführlicher darüber erklärt, in welchem Sinne und Umfange er die hier vertheidigte absolute Theorie zu der seinigen gemacht habe.

84) S. Jakob, philosophische Rechtslehre, Halle 1795. §. 65. und besonders Abicht, die Lehre von den Belohnungen und Strafen u. s. w. Erlangen 1796 u. 1797. Der Letztere gelangt denn auch bei dem an sich nur zu billigenden Festhalten an seinem Princip am Ende dahin, daß er dem Staate alles Strafrecht abspricht, und ihm nur die Pflicht zu Erziehungs-, Sicherungs- und Besserungs-Mitteln auferlegt.

85) S. u. A. Hepp Kritische Darstellung der Strafrechtstheorieen §. 4. besonders pag. 34 u. 35, und Bauer die Warnungstheorie §. 54 und 55.

Digitized by Google

freilich im Widerſpruche mit ſich ſelbſt, den Grund der Strafe zwar ebenfalls in der Immoralität, in der ſittlichen Schuld des Thäters findet, den Grundſatz derſelben aber, oder das Princip für den Maßſtab der Strafe, von der äußern Rechtswidrigkeit der That herleitet, und den Verbrecher lediglich nach der Größe des von ihm verurſachten materiellen Schadens beſtraft wiſſen will. Dieſer muß man allerdings, wenn irgend einer, den Namen einer objectiven Theorie zugeſtehen. Allein es iſt hier gar nicht von den beiden bei der Würdigung einer Handlung möglichen Extremen, der rein ſubjectiven (ſittlichen) und rein objectiven (materiellen) Schätzung ihres Werthes, oder vielmehr, da wir nur von rechtswidrigen ſtrafbaren Unternehmungen ſprechen, ihres Unwerthes, die Rede, und wir ſind weit entfernt zu glauben, daß der vorerwähnte Vertheidiger der abſoluten Theorie, wenn er es dieſer als einen Vorzug vor der Theorie der relativen Strafgerechtigkeit anrechnet, daß ſie, bei ihrer eine wahre Vergeltung der verübten Uebelthat bezweckenden Tendenz, nur auf das in der Handlung des Uebelthäters liegende Unrecht ſehe, und von daher auch ihren Maßſtab der Strafbarkeit entlehne, mit dieſer Behauptung ein ſo gänzliches Abſtrahiren von der innern Seite einer Handlung und von ihrem Werthe als Willensact, wie ſie das **jus talionis** mit ſich bringt, habe in Schutz nehmen wollen. Vielmehr ſcheint er ſich derjenigen Form, in welcher namentlich Henke [86]) das Kantiſche Straf-

86) S. deſſen Streit der Strafrechtstheorieen p. 20 flg. Ferner Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 1 flg. und Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Th. I. §. 3—5. §. 24, 25 u. 28.

Digitized by Google

rechtssystem zu veredeln und zu vervollständigen bemüht gewesen ist, und welche, weil sie den Thäter nicht der Art nach das nämliche, sondern dem Gehalte nach ein gleiches Uebel zugefügt wissen will, als die Theorie der formalen oder idealen Wiedervergeltung bezeichnet zu werden pflegt, näher anzuschließen. Weil jedoch auch diese Annahme, die wir übrigens kaum für mehr, als für eine Vermuthung ausgeben wollen [87]), uns nicht berechtigt, sofort eine Identität der Ansichten Mittermaier's mit denen Henke's zu supponiren, um so weniger, als sich bei dem letztgenannten Schriftsteller hin und wieder Aeußerungen finden, welche geradezu gegen eine Uebereinstimmung mit Mittermaier in diesem Punkte sprechen [88]): so wird es am angemessensten sein, die

---

87) Veranlaßt dazu wurden wir theils durch den Umstand, daß die moralische so wenig als die physische Wiedervergeltung gemeint sein konnte, theils durch die von Mittermaier selbst (N. A. Bd. V. p. 167 Not. 3) ausgesprochene Billigung der Theorie Henke's.

88) Z. B. Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 22, wo er der Kant'schen Wiedervergeltungslehre nicht weniger, als der Abschreckungstheorie den Vorwurf macht, daß sie allein auf die äußere Handlung sehen, ohne zu dem, was sie zurechnungsfähig und strafbar macht, durchzudringen. Ferner ebendas. §. 47: „die Handlung, welche zum Begriff des Verbrechens erfordert wird, braucht nur auf Rechtsverletzung gerichtet, nicht wirklich Rechtsverletzung zu sein, auch nicht die nothwendigen Bedingungen zur Hervorbringung des Verbrechens zu enthalten." Ingleichen Handbuch Th. I. p. 256, wo es, in Uebereinstimmung mit Oersted Grundreg. p. 166 heißt, die Veränderungen, welche eine Handlung in der Außenwelt hervorbringe, seien zwar wohl Veranlassungsgrund zur Verhängung einer Strafe, aber nicht Gegenstand derselben, indem die Strafe, wenn sie nicht als bloße Willkühr erscheinen solle, auf den in äußeren Hand-

Digitized by Google

Frage, welcher speciellen Theorie sich Mittermaier angeschlossen habe, ganz auf sich beruhen zu lassen, und uns lediglich an die Folgerungen zu halten, welche er aus derselben zur Rechtfertigung seiner Ansicht über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs abgeleitet hat.

Der Hauptgedanke Mittermaier's besteht nun aber darin, daß eine richtige (absolute) Theorie, gleich wie sie bei der Bestrafung des vollendeten Verbrechens nicht die Zukunft, die Gefährlichkeit (das **ne peccetur**) im Auge habe, sondern sich nur an das wirklich verübte Unrecht (das **quia peccatum est**) halte, so auch die Versuchshandlung nicht wegen der bloßen bösen Absicht strafe, sondern nur wiefern und weil sie, auch ihrer äußeren Beschaffenheit nach, eine wahre Gesetzesübertretung, und somit ein wirkliches Unrecht, enthalte Also der Grund der Strafbarkeit beim Versuche ist der nämliche, wie bei dem vollendeten Verbrechen, und liegt in dem vom Thäter verübten Unrecht, welches letztere wieder ein und dasselbe ist mit der in der Versuchshandlung objectiv erkennbar hervortretenden Gesetzesübertretung. Bis hierher könnte man, in einem gewissen Sinne, Alles zugestehen, ohne deshalb mit Mittermaier zu demselben Endresultate in Beziehung auf unsre Frage, d. h. dahin zu gelangen, daß somit die Strafbarkeit des Versuchs von dem

---

lungen sich offenbarenden rechtswidrigen Willen bezogen werden müsse. Die Handlung selbst aber sei hinreichender Veranlassungsgrund, wenn sie — — — wegen ihrer Richtung auf Hervorbringung des Verbrechens, unter das Gesetz, in welchem sie mit Strafe bedroht sei, subsumirt werden könne. S. auch ebendaselbst p. 500 flg.

Digitized by Google

Geeignetsein der Handlung, zur Hervorbringung des beabsichtigten Erfolges abhänge; denn es käme Alles darauf an, welchen Umfang man dem über die Strafbarkeit entscheidenden Begriffe einer Gesetzesübertretung geben wollte. Wenn es nun aber weiter noch heißt, daß, weil immer nur ein bestimmtes Verbrechen unternommen werde, die Versuchshandlung, um als gesetzwidrige bestraft werden zu können, gerade so, wie sie das Gesetz sich als strafwürdig vorgestellt, beschaffen sein, und eben deshalb alle jene Merkmale enthalten müsse, welche nach dem gesetzlichen Ausspruche zum Thatbestande des beabsichtigten Verbrechens gehörten; so erscheint in der That aller Unterschied zwischen vollendetem und blos versuchtem Verbrechen als aufgehoben, und es ist nicht wohl abzusehen, wie bei solchen Prämissen überhaupt noch von der Bestrafung des **conatus delinquendi** die Frage sein könne. Denn wenn, wie anerkannt, der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch nicht von dem Eintritte oder Nichteintritte eines bestimmten Erfolges abhängig gemacht [89]), sondern nur mit Rücksicht auf den gesetzlichen Begriff des Verbrechens bestimmt werden kann, dieser letztere aber wiederum aus den einzelnen Merkmalen, welche zusammen den Thatbestand des Verbrechens ausmachen, konstruirt wird; so folgt, daß, wenn in einer Handlung alle (subjective und objective) Merkmale liegen, welche zu Folge

89) Weil es Verbrechen giebt, welche, um als vollendet zu gelten, nach positivem Rechte gar keines äußeren Erfolges bedürfen, wie z. B. der Meineid.

Digitized by Google

gesetzlicher Vorschrift zum Thatbestande desjenigen Verbrechens, auf dessen Verübung es abgesehen war, erforderlich sind, nunmehro auch das Verbrechen seinem gesetzlichen Begriffe nach nicht mehr blos versucht, sondern vollendet, und mithin die Anwendung der ordentlichen Strafe begründet sei [90]). Zwar heißt es einige Seiten vorher (pag. 166 der oft cit. Abhandlung), der Begriff des Versuchs oder der Vollendung sei unabhängig von der möglichen Anwendung der ordentlichen Strafe; denn eine objectiv verbrecherische Handlung könne zuweilen gar nicht bestraft werden, und doch vollendet sein; auch dürfe man deshalb beim bloßen Mangel am Thatbestande nicht vom Versuche sprechen, denn das Verbrechen (?) könne völlig vollendet erscheinen [91]), aber die Unmöglichkeit der Section, z. B. beim Kindermorde, begründe mangelnden Thatbestand. — Allein eine blos objective verbrecherische Handlung, d. h. also eine solche, bei welcher es

90) Auch sagt Mittermaier selbst, sobald alle Merkmale, welche das Gesetz zum Thatbestande eines gewissen Verbrechens fordere, vollständig existirten, sei das Verbrechen vollendet. S. übrigens Wächter, im Lehrbuch §. 46. Not. 98. und die daselbst angeführten Schriftsteller, ingleichen Kitka Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes §. 1 u. 2.

91) Soll das Wörtchen „erscheinen" so viel bedeuten, als den äußern Anschein gewähren und einen Gegensatz zu dem Sein in der Wirklichkeit bilden, so läßt sich zwar die Möglichkeit einer solchen Erscheinung nicht in Abrede stellen; allein mit der Annahme dieser Bedeutung verliert auch der obige Satz sofort seine Eigenschaft als Rechtfertigungsgrund der aufgestellten Behauptung; denn ein nur scheinbar, aber nicht wirklich vollendetes Verbrechen ist doch gewiß ein unvollendetes, versuchtes.

Digitized by Google

an den subjectiven Merkmalen des Thatbestandes, und namentlich an der nothwendigen Beziehung der That auf das Wissen und Wollen des Subjects mangelt, kann wohl kaum mehr eine Handlung und noch weniger eine verbrecherische Handlung genannt werden; man müßte denn z. B. die willenlosen Kraftäußerungen eines Wahnsinnigen auch Handlungen, und wiefern sie von schädlichen Folgen begleitet waren, verbrecherische Handlungen nennen wollen. Mag man sich nun aber unter einer vollendeten objectiv verbrecherischen Handlung denken, was man will, so ist so viel gewiß, daß sie nicht mit dem vollendeten Verbrechen identificirt werden darf[92]; denn wo ein solches vorliegt, da wird immer auch die Anwendung der ordentlichen Strafe begründet sein, so wie man umgekehrt von der Anwendbarkeit der letzteren regelmäßig auf das Dasein des ersteren wird schließen können. — Eben so kann man dem andern zur Rechtfertigung der behaupteten Unabhängigkeit des Versuchs und der Vollendung von der möglichen Anwendung der ordinaria angeführten Satze, daß nämlich beim bloßen Mangel am Thatbestande nicht von einem Versuche gesprochen werden dürfe, nur eine bedingte Geltung zugestehen. Denn der Conat und der Mangel am Thatbestande haben nicht blos das mit einander gemein, daß das fragliche Verbrechen als ein unvollständiges erscheint, und daher weder bei dem einen, noch bei dem anderen die volle gesetzliche Strafe eintreten kann; sondern sie

92) So wie man überhaupt die vollendete Handlung nicht verwechseln darf mit dem vollendeten Verbrechen.

Digitized by Google

stehen auch in so fern noch in einem engern Zusammenhange, als der Versuch, weil er das Nichtvorhandensein des einen oder anderen zum gesetzlichen Begriffe des beabsichtigten Verbrechens wesentlichen Merkmals voraussetzt, stets auch einen Mangel am Thatbestande in sich schließt [93]). In so fern wird man also bei jenem auch von diesem, nicht aber umgekehrt bei diesem immer auch von jenem sprechen können, weil nicht jede Unvollständigkeit des **corpus delicti** zur Folge hat, daß die Handlung nunmehro in die Kategorie des versuchten Verbrechens fällt. Und sollte durch die obige Behauptung nur dieses, nämlich so viel gesagt werden, daß es noch einen vom Conat verschiedenen Mangel am Thatbestande gebe, so läßt sich dagegen allerdings nichts einwenden. Denn bald wird sich als Folge eines solchen Mangels Strafbarkeit der unternommenen Handlung herausstellen — wenn nämlich das fehlende oder zweifelhafte Merkmal die Strafbarkeit der That überhaupt bedingt [94]); bald wird die Anwendung der vollen gesetzlichen Strafe eines anderen Verbrechens begründet sein — wenn nämlich die That, vermöge der noch übrigen Eigenschaften, ein anderes selbstständiges Verbrechen bildet [95]);

---

93) Und zwar auch dann, wenn man unter Thatbestand nicht den Inbegriff aller, sondern nur der objectiven gesetzlichen Merkmale eines Verbrechens versteht.

94) So ist das Merkmal **invito laeso** bei einigen Verbrechen so wesentlich, daß mit der Einwilligung von Seiten des Verletzten, Begriff und Strafbarkeit der That wegfällt, während dieselbe bei anderen, zum Beispiel beim **stuprum violentum**, nur das Hinübergehen der That in ein anderes Delict zur Folge hat.

95) Z. B. Tödtung des neugebornen ehelichen Kindes durch

Digitized by Google

bald endlich wird das Verbrechen so oft nur als ein versuchtes betrachtet und bestraft werden können, als es an dem zur Consummation nöthigen Thatbestande mangelt [96]).

Wenn man also auch in diesem beschränkten Sinne zugeben muß, daß beim Mangel am Thatbestande nicht (immer) vom Versuche gesprochen werden dürfe, so geschieht dies doch nur, weil der erstere Begriff von größerem Umfange ist, als der letztere (jener bildet das genus, zu welchem dieser gewissermaßen als species gehört); nicht aber deshalb, weil, wie Mittermaier glaubt, ein Verbrechen ungeachet eines Mangels an seinem Thatbestande völlig vollendet sein oder erscheinen könne. Denn, um bei dem von ihm zur Erläuterung gewählten Falle stehen zu bleiben, wenn beim Kindermorde durch Geständniß und Beweis außer Zweifel gesetzt ist, daß das neugeborne lebendige und gliedmäßige Kind bis zu dem Augenblicke, wo dessen uneheliche Mutter die Handlung, welche den Tod des Kindes sofort herbeiführen mußte, vornahm, noch gelebt habe; so ist auch das Verbrechen vollendet, und die aus irgend einer Ursache unmöglich gewordene Section begründet gar keinen Mangel am Thatbestande. Wenn hingegen ein Zweifel darüber obwaltete, ob das Kind auch in

---

seine Mutter, oder Tödtung zwar des unehelichen Kindes, aber bei fehlender Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft, was freilich nach Feuerbach, Lehrb. §. 240, einen Mangel am Thatbestande und somit Strafmilderung begründen würde.

96) S. Feuerbach's Lehrbuch §. 97 u. 98 a, und dazu die Recension von Wächter in der Tübinger kritischen Zeitschr. B. I. H. 1. p. 44.

Digitized by Google

Folge der ihm von der Mutter **animo interficiendi** beigebrachten Verletzung gestorben sei oder nicht, und nun die Section, welche hierüber Aufschluß geben konnte, unterblieben ist, wenn also rechtlich nicht feststeht, und mithin vom Richter nicht angenommen werden darf, daß der Tod des Kindes als Wirkung in der rechtswidrigen Handlung der Mutter gegründet war; so liegt nunmehro zwar eine vollendete Handlung (**delictum perfectum**), aber kein vollendetes Verbrechen (**delictum consummatum**) vor. Gleichwie nämlich alle Verbrechen, welche zu ihrem Begriffe und Thatbestande einen bestimmten äußeren Erfolg verlangen, erst mit dem Eintritte dieses Erfolgs als vollendet zu betrachten sind, so ist auch bei dem Verbrechen der Tödtung überhaupt, und des Kindermordes insbesondere, die Lebensberaubung das zur Consummation nothwendige Requisit, und wo dieses mangelt, oder, was dem gleich steht [97]), nicht als eine Folge der rechtswidrigen Handlung des Thäters, so daß beide (Handlung und Erfolg) in dem Verhältnisse wie Ursache und Wirkung zu einander stehen, nachgewiesen werden kann, da fehlt es, wenn gleich die rechtswidrige Handlung, sogar ihrem Hauptmomente nach, vollzogen ist, doch an dem zur Vollendung des Verbrechens der Tödtung gehörigen Schlußmerkmale, und kann dieser Mangel am Thatbestande so wenig Straflosigkeit, als Anwendung der vollen gesetzlichen Strafe, sondern lediglich so viel zur Folge haben, daß die so weit gediehene verbrecherische Thätigkeit

97) S. Feuerbach, Lehrbuch §. 208, Heffter, Lehrbuch §. 231, und überhaupt Hepp, Versuche pag. 383 und 367.

Digitized by Google

als (nächster) Versuch der Tödtung betrachtet und bestraft werden muß [98]).

Für so wohl begründet wir nun auch das bisher über das Verhältniß des Conats zu dem Mangel am Thatbestande Gesagte halten, und so wenig wir damit einverstanden sind, daß der Versuch, um als solcher bestraft werden zu können, denselben Thatbestand haben müsse, wie das Verbrechen selbst, auf dessen Vollendung er abzweckte, — eben weil der Conat, dessen Gebiet zwischen der Ueberlegung und der Consummation liegt, nur eine unvollständige Ausführung des Verbrechens ist, und je größer diese Unvollständigkeit, oder je weiter er noch von der Vollendung entfernt ist, desto geringer die Uebereinstimmung der Merkmale der vollen That mit denen der bloßen Versuchshandlung sein muß [99]): so sind wir doch weit entfernt, in Abrede zu stellen, daß der strafbare Versuch eine Gesetzesübertretung enthalten müsse. Allein welches sind die Criterien dieser Gesetzesübertretung? woran erkennt man,

98) Auch in einer spätern, hauptsächlich gegen Feuerbach's Lehrbuch §. 97 (in den früheren Ausg. §. 96) gerichteten Abhandlung im N. A. Bd. III. p. 394 flg. hat Mittermaier diese mögliche Folge eines Mangels am Thatbestande ganz unbeachtet gelassen, indem er überall, wo eines der gesetzlichen Merkmale des Verbrechens fehlt, oder rechtlich ungewiß ist, Strafloſigkeit annimmt. Cf. p. 400 u. 412 der cit. Abh. — S. jedoch jetzt die Note zu §. 97 des von ihm herausgegebenen Feuerbach'schen Lehrbuches.

99) Ganz abgesehen von dem Widerspruche, der in dieser behaupteten Identität des corpus delicti beider liegt, indem nicht abzusehen ist, wie von zwei Handlungen, deren Thatbestand ganz derselbe ist, die eine ein vollendetes, die andere nur ein versuchtes Verbrechen ausmachen könne.

Digitized by Google

ob dieſe oder jene Handlung eine geſetzwidrige ſei, oder nicht? Dies iſt eine Frage, welche man, ohne ſich dem Vorwurfe der Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit auszuſetzen, nicht umgehen kann, und deren Beantwortung eben ſo ſchwierig, als entſcheidend ſein dürfte.

Vor Allem iſt es nothwendig, ſich über die beiden entgegengeſetzten Geſichtspunkte, von welchen hierbei möglicher Weiſe ausgegangen werden kann, zu verſtändigen. Entweder nämlich man bekennt ſich zu der Anſicht, daß der Conat, der ja ſtets eine, wenn gleich noch unvollſtändige, Ausführung des Verbrechens enthalte, durch die für dieſes erlaſſene Strafſanction zugleich mit verpönt werde; oder man verlangt ein beſonderes Geſetz, in welchem ausdrücklich vorgeſchrieben ſei, daß auch ſchon der Verſuch zu Verbrechen beſtraft werden ſolle. Geht man von jenem Grundſatze aus, und argumentirt mit Mittermaier[100]) ſo: in jedem geſetzlichen Ausſpruche, eine gewiſſe geſetzwidrige Handlung nicht zu verüben, liegt ein zweifaches Gebot:

1) die Handlung z. B. des Mordens, Stehlens, Brandſtiftens u. ſ. w. nicht anzufangen, und

2) ſie nicht zu vollenden; jeder, welcher daher eine derartige Handlung beginnt, hat eben ſo gut als derjenige, welcher ſie vollendet, das Geſetz übertreten, und iſt darum ſtrafbar; ſo wird man auch in die Nothwendigkeit verſetzt, den Anfang der Vollendung ſo nahe zu bringen, daß nur ein Schritt, ein Moment, noch beide ſcheidet, und damit

100) Pag. 169 der oft cit. Abhandlung im 1ſten Bande des N. A.

Digitized by Google

stimmt es denn vollkommen überein, wenn der nur genannte Vertheidiger jenes Grundsatzes dann erst, wenn der entschlossene Mörder in jenem Augenblicke, in welchem er den Dolch in des Feindes Brust bohren will, erwischt wird, — wenn der Brandstifter schon die brennbaren Materialien unter das Strohdach steckt, — wenn der Nothzüchtiger das Mädchen bereits mit Gewalt zu Boden wirft und entblößt, einen strafbaren Versuch zu morden, zu brandstiften, zu nothzüchtigen annehmen zu müssen glaubt. Denn frühere von der Consummation entferntere Handlungen würden sich gar nicht mehr, (oder vielmehr noch weit weniger,) unter das die vollendete Brandstiftung, den vollendeten Mord u. s. w. bedrohende Gesetz subsumiren lassen, und mithin des Merkmals einer Uebertretung dieses Gesetzes entbehren. Aus dem nämlichen Grunde ist denn ferner nicht blos der Kindermord selbst, sondern auch der strafbare Versuch zu diesem Verbrechen bedingt durch das Dasein eines lebendigen Kindes, als Gegenstand, und durch eine mörderische, d. h. den Tod des Kindes für sich hervorzubringen, vollkommen geeignete Behandlung von Seiten seiner Mutter; eben so gehört zum strafbaren Versuche einer **abortus procuratio** als Gegenstand ein Embryo, also wirkliche Schwangerschaft, und als Mittel ein eigentliches **pellens**; zum Versuche eines Giftmordes ein lebender Mensch und ein wirkliches Gift u. s. w. [101]). Kurz es giebt keinen strafbaren Conat, wenn er nicht zum vollendeten Verbrechen führen konnte, und auch sicher geführt haben würde, wäre er

101) S. p. 171 der cit. Abh.

nicht an irgend einem, weder in der Untauglichkeit des angewendeten Mittels, noch in der mangelhaften Beſchaffenheit des bedrohten Gegenſtandes liegenden [102]), ſondern von außen her entgegentretenden Hinderniſſe, und zwar unmittelbar vor der Conſummation [103]) geſcheitert.

Indeſſen es mag immerhin wahr ſein, daß der Geſetzgeber, wenn er zu tödten, zu ſtehlen, zu brandſtiften bei Strafe verbietet, weit entfernt ſei, diejenigen Handlungen gut zu heißen, welche als Vorbereitungen zu den genannten Verbrechen und in der Abſicht, dieſe zu verüben, unternommen werden; allein wenn die im Geſetz ausgeſprochene Strafe nur für die vollendete That, nur dem Mörder, Brandſtifter u. ſ. w. angedroht iſt, ſo kann auch die bloße Verſuchshandlung, ſie mag der Conſummation noch ſo nahe ſtehen, nicht unter dieſes Geſetz gezogen und dem gemäß beſtraft werden, weil der Rechtsgrund für die Zufügung der für das vollendete Verbrechen vorgeſchriebenen Strafe auf dem Vorhandenſein ſämmtlicher Merkmale, welche in ihrer Vereinigung den geſetzlichen Begriff des Verbrechens erſchöpfen, beruht, nicht aber auf die präſumtive Mißbilligung einer Handlung von Seiten des Geſetzgebers baſirt werden kann, geſetzt auch, daß ſich in dieſer Handlung das eine oder andere jener Merkmale vorfände.

---

102) Denn Mittel und Gegenſtand müſſen genau dieſelben ſein, wie ſie das Geſetz für die vollendete That verlangt.

103) Denn nur dann, wenn der Thäter die Haupthandlung, d. h. diejenige, deren Beendigung das Verbrechen unmittelbar zur Folge gehabt haben würde, bereits begonnen hatte, iſt der Verſuch ein ſtrafbarer.

Digitized by Google

Auf eine weitere Rechtfertigung dieser Ansicht brauchen wir uns nach dem, was bereits Feuerbach [104]) und Hepp [105]) zur Begründung derselben vorgebracht haben, wohl um so weniger einzulassen, als Mittermaier selbst neuerdings seine frühere entgegengesetzte Meinung aufgegeben hat und der Ausführung Hepp's beigetreten ist [106]).

Hält man sich nun aber von der Richtigkeit dieser Ansicht überzeugt, und geht mithin davon aus, daß die Strafbarkeit des Versuchs sich nicht schon von selbst verstehe, sondern daß es zu deren rechtlicher Begründung einer besondern Pönalsanction bedürfe, so ist man auch an die Beschränkungen in Ansehung der äußern Beschaffenheit der That nicht gebunden, zu welcher sich Diejenigen verstehen müssen, welche die Versuchshandlung auf den Grund des über das vollendete Verbrechen erlassenen Gesetzes strafen zu können glauben. Denn wenn der Gesetzgeber erklärt, nicht blos wer einen Mord, einen Raub u. s. w. begehe, sondern auch schon wer Handlungen unternehme in der Absicht, um diese oder andere Verbrechen zu verüben, solle gestraft werden, so fällt auch der Grund weg, aus welchem man nun die Strafbarkeit solcher Unternehmungen weiter noch davon abhängig machen könnte, daß sie wo möglich als Uebertretungen des die vollendete That bedrohenden Gesetzes erscheinen, indem es unter der obigen Voraussetzung nur darauf ankommen kann, daß

104) Revision Th. II. p. 267 u. 268.

105) Versuche p. 283 u. 284.

106) Im N. A. B. X. p. 542 u. Note 1 zu §. 42 der zwölften Ausgabe des Feuerbach'schen Lehrbuches.

Digitized by Google

Handlungen erweislich in der Absicht und zu dem Zwecke, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, vorgenommen worden seien. Freilich je mehr die Versuchshandlung sich bereits der Vollendung genähert hatte, um so leichter wird jene Absicht erkennbar sein, um so wenigerem Zweifel das Dasein einer Gesetzesübertretung unterliegen. Allein es heißt jeden Falls zu viel gefordert, wenn man diese objective Beschaffenheit einer Versuchshandlung zur **conditio sine qua non** ihrer Strafbarkeit erhebt. Ein scheinbar verbrecherisches Unternehmen, z. B. das Einsteigen in ein Gebäude, das Auflauern mit geladenem Gewehr, muß, sobald die zum Grunde liegende Absicht nicht gesetzwidrig ist, als rechtlich gleichgültig betrachtet werden, und umgekehrt eine anscheinend gleichgültige ungefährliche Handlung, wenn sie als Mittel zur Verübung eines Verbrechens unternommen wurde, fällt in die Kategorie des Versuchs, und ist als gesetzwidrig strafbar, sobald nur der verbrecherische Vorsatz auf irgend eine Art erweislich gemacht werden kann. Selbst die kurz vorher angeführten Beispiele, deren sich Mittermaier bedient, um zu zeigen, wie eine Handlung beschaffen sein müsse, wenn sie als versuchter Mord, als versuchte Nothzucht solle bestraft werden können, sind zwar, auch rein objectiv betrachtet, unzweideutig rechtswidrige Unternehmungen, sie enthalten ein offenbares Unrecht; um aber einen Versuch in ihnen zu finden, reicht ihre blos äußere Betrachtung gewiß nicht hin. Vielmehr gehört dazu immer noch zweierlei. Einmal nämlich die Ermittelung der Frage, ob die Thätigkeit des Handelnden wirklich unterbrochen wurde, so daß er noch ein Mehreres zu

Digitized by Google

thun vorhatte, oder ob er nicht eben nur so weit, als er gekommen war, gehen wollte, und sodann, wenn fest steht, daß er noch weitere Schritte beabsichtigte, bedarf es noch einer Untersuchung darüber, welchen Endzweck der Thäter erreichen wollte, auf die Verübung welches bestimmten Verbrechens sein Vorsatz gerichtet war [107]).

Ueber beide Punkte aber verschafft die Handlung für sich betrachtet keine Gewißheit, sondern begründet nur eine schwächere oder stärkere Vermuthung. Wer gegen einen Anderen den Dolch zückt, das Gewehr anlegt, hatte es möglicher Weise auf Tödtung abgesehen; er konnte aber auch den auf diese Weise Bedrohten blos in Furcht setzen, dessen Zustimmung zu irgend etwas erzwingen wollen; oder endlich er beabsichtigte einen ernstlicheren Gebrauch der Waffe, aber er wollte nicht tödten, sondern nur verwunden. Eben so, wer ein Frauenzimmer überwältigt und entblößt, bezweckte entweder grade nur diese Mißhandlung, und würde dann wegen einer vollendeten Realinjurie zu bestrafen sein, oder er wendete jene Gewalt an, um den Beischlaf mit ihr zu erzwingen, und hätte in diesem Falle die Strafe eines **conatus stupri violenti** verwirkt. Immer also ist es die Absicht, auf welche man, auch bei objectiv rechtswidrigen Handlungen, wieder zurückgehen muß, um Aufschluß darüber zu erhalten,

---

107) Dies liegt schon im Begriffe eines Versuchs, der seinem Wesen nach immer nur ein relativer ist, nur in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen gedacht werden kann, auf dessen Realisirung es abgesehen war. Es giebt keinen allgemeinen verbrecherischen Versuch.

Digitized by Google

ob ein nur erſt angefangenes oder ein geendigtes Unternehmen vorliege, und ob daſſelbe im erſtern Falle als Verſuch zu dieſem oder zu jenem Verbrechen betrachtet und beſtraft werden könne.

Kaum bedarf es wohl noch einer Verwahrung gegen den etwaigen Einwand, daß auf dieſe Weiſe gegen das Grundprinzip „cogitationis poenam nemo patitur“ verſtoßen werde. Denn wir halten ja eine das Gebiet der cogitatio überſchreitende Handlung, worin ſich der zum Vorſatz erſtreckte bloße Gedanke ausſpricht, ein thätiges auf Ausführung des Verbrechens gerichtetes Beſtreben, für durchaus nothwendig zum Daſein eines ſtrafbaren Verſuchs, ſind alſo weit entfernt von der Beſtrafung der bloßen Abſicht. Auch würdigen wir die Handlung ihrem materiellen Beſtandtheile nach, aber nur nicht als etwas Selbſtſtändiges, für ſich Beſtehendes, ſondern immer nur in ihrer nothwendigen Beziehung zu dem Willen, der ſich in ihr offenbart, durch welchen ſie Leben und Seele empfängt, und ohne welchen ſie weder einer ethiſchen noch rechtlichen Beurtheilung unterliegen kann.

§. 10.

Iſt die Strafbarkeit des Verſuchs von der Tauglichkeit der Mittel und von der Beſchaffenheit des Gegenſtandes abhängig?

Faſſen wir als Uebergang zu der nunmehr folgenden Unterſuchung, zu welcher die §. §. 3—9 die nöthigen Vorbereitungen geliefert haben, dasjenige in der Kürze zuſammen, was wir im vorhergehenden Paragraphen auszuführen bemüht

Digitized by Google

gewesen sind; so stellt sich folgendes Resultat heraus: Man darf den Begriff eines strafbaren Conats durchaus nicht, auch nicht einmal vorzugsweise, von der äußeren Beschaffenheit eines Unternehmens abhängig machen, weil eine Handlung alle Merkmale eines Versuchs an sich tragen kann, ohne doch, sobald es an der gesetzwidrigen, auf Vollendung eines Verbrechens gerichteten Absicht mangelt, in der That das zu sein, was sie scheint; während umgekehrt eine dem äußeren Anscheine nach rechtlich gleichgültige und selbst erlaubte Handlung, sobald sie erweislich als Mittel zur Verübung einer Missethat gewählt wurde, unter den Begriff des Versuches fällt und als solcher bestraft werden muß, so daß in der That die rechtswidrige Absicht, der verbrecherische Vorsatz, der dadurch realisirt werden sollte, es ist, in welchem der Grund ihrer Strafbarkeit liegt. — Zum Versuche gehört ferner zwar eine Gesetzesübertretung; allein man darf den Maßstab zur Beurtheilung dieser Uebertretung nicht von der die vollendete That bedrohenden Gesetze entlehnen, und ihr Dasein namentlich nicht dadurch bedingen wollen, daß in der Versuchshandlung alle jene Merkmale enthalten sein müßten, welche dem gesetzlichen Ausspruche zu Folge zum Thatbestande des consummirten Verbrechens gehören. Denn bei jedem Versuche fehlt es mindestens an dem zur Vollendung erforderchen Schlußmerkmale, und eben wegen dieses Mangels am Thatbestande kann er nicht unter die auf das **delictum consummatum** berechnete Strafvorschrift subsumirt werden, sondern muß, um überhaupt bestraft werden zu können, besonders verpönt sein. Dies aber vorausgesetzt, genügt es auch,

Digitized by Google

daß ein Verbrechen versucht, d. h. vorsätzliche, die Vollendung desselben bezweckende Schritte unternommen worden seien; denn hiermit ist das Gesetz übertreten, sobald sich nicht aus der Fassung desselben ergiebt, daß der gemeine Sprachgebrauch verlassen, und das Dasein dieser Uebertretung, um als Versuch bestraft werden zu können, noch an besondere factische Voraussetzungen geknüpft worden sei.

Gehen wir nun näher auf die in der Ueberschrift bezeichnete Frage ein, so lassen sich sämmtliche hierher gehörige Fälle zweckmäßig in zwei Hauptclassen abtheilen; nämlich

I) die eine Hauptclasse umfaßt alle diejenigen Fälle, in welchen das beabsichtigte Verbrechen an den Mitteln scheiterte, indem diese nicht von derjenigen Beschaffenheit waren, als sie hätten sein müssen, um den verbrecherischen Erfolg hervorzubringen.

II) In die zweite Hauptclasse gehören alle die Fälle, in welchen das beabsichtigte Verbrechen an dem Gegenstande der That scheiterte, weil bei demselben irriger Weise eine Eigenschaft vorausgesetzt worden war, deren Nichtvorhandensein die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges unmöglich machte [108]).

---

108) Es scheint durchaus nothwendig, diesen Unterschied fest zu halten; denn gesetzt auch, man gelangt bei beiden Classen zu dem nämlichen Resultate, so entstehen doch aus dem Zusammenwerfen beider allerhand logische Inconvenienzen, die nicht ohne Nachtheil auf das Verständniß bleiben. S. das oben nach Anm. 38 gegen Schröter Bemerkte. So ist namentlich auch Bauer in den Anmerk. zu dem Hannöverschen Entwurf (Göttingen 1826. Th. I. p. 405 flg.) bei unserer Frage lediglich von den Mitteln ausgegangen, und hat die Fälle,

Digitized by Google

Ad I. Von den Fällen der ersten Classe müssen aber wiederum

1) ausgeschieden werden alle diejenigen Unternehmungen, welche zwar auch an der Beschaffenheit der Mittel, aber nicht an ihrer Untauglichkeit an sich, sondern nur deshalb scheiterten, weil sie sich als unzureichend auswiesen. Hierher würde unter anderen gehören die zu kurze Leiter, das zu schwach geladene Gewehr, die zu geringe oder in zu großer Verdünnung beigebrachte Dosis Gift. In allen diesen und ähnlichen Fällen, wo sich das Mittel nur **in concreto** untauglich erwies oder unwirksam blieb, wird nach der einstimmigen Behauptung Aller ein strafbarer Versuch angenommen. — Ganz anders, sagen diejenigen, welche Alles auf die Möglichkeit der Hervorbringung des beabsichtigten Erfolgs durch die Handlung setzen [109]), verhält es sich

2) in dem Falle, wo ein ganz untaugliches Mittel angewendet wurde. Dort verhinderte nur ein Zufall die Wirksamkeit des zur Vollbringung dienlichen Mittels, und aus der, auch ihrer äußeren Beschaffenheit nach, mehr oder weniger gesetzwidrigen Handlung läßt sich immer noch ein

---

welche hier die zweite Classe bilden, unter die relativ untauglichen Mittel gestellt. Allein wenn z. B. jemand einer nur vermeintlich Schwangeren ein wirkliches Abortivmittel giebt, so kann man doch nicht sagen, der Versuch, die Frucht abzutreiben, sei wegen Untauglichkeit des Mittels mißlungen.

109) Zu diesen gehört auch H. A. Zachariä in seiner so eben erschienenen Lehre vom Versuche der Verbrechen, Th. I. §. 123 flg. und der daselbst angeführte und benutzte **Rossi Traité de droit pénal, Livr. II. chap. 30 et 31.**

Digitized by Google

Schluß auf das Daſein des verbrecheriſchen Vorſatzes machen; hier hingegen, bei der Anwendung völlig untauglicher oder zweckwidriger Mittel, iſt nicht nur ein ſolcher Schluß von der äußeren Beſchaffenheit der Handlung auf den dolus unmöglich, ſondern es fehlt auch gänzlich an der zur Rechtfertigung einer Strafe durchaus nothwendigen Gefährlichkeit des Unternehmens. Denn eine Handlung, durch welche ihrer natürlichen Beſchaffenheit nach der beabſichtigte Zweck nicht erreicht werden kann, gefährdet den rechtlichen Zuſtand nicht und gehört ſo wenig als die Drohung mit Begehung eines Verbrechens, die doch auch zugleich eine äußere Handlung iſt, in das Gebiet des Strafrechts [110]).

Nur beiläufig mag hiergegen erinnert werden, daß die Drohung, wenn man ſie auch eine äußere Handlung nennen will — wogegen ſich bei dem weiten Umfange dieſes Begriffes nichts einwenden läßt — doch nicht derjenigen Bedeutung von Handlung entſpricht, welche gemeinet iſt, wenn man von ihr als einem Requiſit des ſtrafbaren Verſuchs ſpricht; hier bildet ſie vielmehr grade einen Gegenſatz zur Drohung, und dieſe, als bloße Ankündigung des Verbrechens, erweckt nur eine größere oder geringere Beſorgniß, daß dem Worte die That folgen, und es dem gemäß zu Handlungen in dem hier gemeinten Sinne kommen werde [111]).

---

110) S. Zachariä a. a. O. §. 128.

111) S. das oben §. 8. sub No. 2. Geſagte, und Zachariä ſelbſt, der in einer früheren Stelle ſeiner Lehre vom Verſuche, §. 103 u. 104, ſehr gut ausgeführt hat, daß die Drohung, als bloße Erklärung, ein Verbrechen begehen zu wollen, nicht unter den Begriff des

Digitized by Google

Auch trifft uns ferner der, so viel bekannt, zuerst von Rossi a. a. O. aufgestellte, und von Anderen, namentlich von Zachariä [112]), wiederholte Einwand, daß, was zu vollenden nicht möglich sei, auch nicht angefangen werden könne, um so weniger, als wir die Strafbarkeit der Versuchshandlungen (wie oben §. 8 zu rechtfertigen versucht wurde) nicht davon abhängen lassen, daß bereits ein Anfang der Ausführung in dem beschränkten Sinne gemacht worden sei, in welchem dieser Ausdruck seit dem Baierschen Strafgesetz-Entwurf v. J. 1822 verstanden zu werden pflegt [113]), indem wir vielmehr mit Feuerbach [114]), Grolman [115]), Martin [116]), Roßhirt [117]), Oersted [118]), Hepp [119]), Heffter [120]) u. A. schon die Vorbereitungen zu einem Verbrechen, in welchem, dem natürlichen Sprachgebrauche zu Folge, bereits ein Anfang der Ausführung liegt, für strafbar halten.

Versuchs falle, obwohl sie auch als Mittel zur Verübung eines Verbrechens angewendet werden, und unter Umständen sogar ein vollendetes Verbrechen (der Injurie, der Insubordination, des Landzwanges) enthalten kann. S. auch Heffter, Lehrbuch §. 62.

112) a. a. O. §. 130.

113) S. das oben §. 8 nach Anmerk. 68a Gesagte.

114) Lehrbuch §. 43.

115) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 31.

116) Lehrbuch §. 61, Note 15.

117) Lehrbuch §. 46.

118) Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophie, B. II. p. 149—156. B. III. p. 126—134.

119) Versuche p. 362 flg.

120) Lehrbuch §. 61, und besonders §. 62, Note 4.

Digitized by Google

Sonach hätten wir dieses Merkmal nicht sowohl beseitigt, als vielmehr nur auf einen früheren Abschnitt der gesammten zur Hervorbringung eines Verbrechens erforderlichen Wirksamkeit verlegt, und es stünde uns jener Einwand Rossi's nichts desto weniger entgegen, wenn er nur in der That so fest begründet und beweisend wäre, als man nach der Zuversicht, mit welcher er von seinen jüngsten Vertheidigern vorgeführt wird, glauben sollte. Allein so wenig es jemand unternehmen wird, zu bestreiten, daß irgend eine That, um mit ihr zu Ende zu kommen, zuvor angefangen werden müsse, und daß durch die Unmöglichkeit des Beginnens die Möglichkeit der Vollendung ausgeschlossen werde: so gegründetem Zweifel unterliegt der umgekehrte Satz, daß das Beginnen von Etwas bedingt sei, durch die Möglichkeit seiner Vollendung, da die tägliche Erfahrung das Gegentheil lehrt, und unzählige Menschen das unternehmen, was sie auszuführen außer Stande sind, sei es nun, daß die Unmöglichkeit der Vollendung in der Beschränktheit der physischen oder psychischen Kräfte und Mittel, die sie dazu verwenden konnten, oder in irgend einem andern ihnen unbekannten Umstande ihren Grund hatte. Freilich „das in den Himmel Fliegen" ist für jeden und unter allen Umständen (eben so, wie „für den Krebs das sich vorwärts Bewegen") ein Ding der Unmöglichkeit; allein die Parallele zwischen jenem Thoren, der dies versuchte, und demjenigen, welcher, in der Verübung einer Missethat begriffen, seinen nichts weniger als unerreichbarem Zweck mit Mitteln verfolgte, woran wider sein Wissen und Wollen das Gelingen scheitern mußte,

Digitized by Google

enthält einen solchen Sprung, daß es kaum gewagter erscheinen würde, wenn man alle aus irgend einem Grunde mißlungene verbrecherische Unternehmungen, die ja, wie der Erfolg lehrte, ebenfalls unvollendet bleiben mußten, den untauglichen Versuchshandlungen gleichstellen wollte. — Aber die Handlung ist immerhin keine gefährliche, sie kann so, wie sie grade vorgenommen wurde, den beabsichtigten Schaden, dessen Eintritt das Gesetz verhindern will, gar nicht hervorbringen! — Gesetzt einmal, es verhielte sich so, daß die Gefährlichkeit einer Handlung die **conditio sine qua non** ihrer Strafbarkeit wäre, — gehört denn das Umgehen mit Mordinstrumenten, mit Gift, Brennmaterialien u. s. w., in der Absicht, um zu tödten, zu brandstiften u. s. w., zu den ungefährlichen Handlungen? Sind nicht Leben, Gesundheit, Eigenthum ernstlich bedroht von Seiten desjenigen, der mit dem Entschlusse, sie zu vernichten oder zu beschädigen, die nöthigen Anstalten traf, sich die entsprechenden Mittel zu verschaffen wußte, Zeit, Ort und Gelegenheit ausgekundschaftet hatte, und nun, nachdem alles dies vielleicht mit Ueberwindung bedeutender Schwierigkeiten geschehen, auch sein verbrecherisches Vorhaben zu Ende führte, aber glücklicher Weise ohne Erfolg, weil, wie sich ergab, die angeschafften zweckdienlichen Mittel, in Folge einer Verwechselung, mit zweckwidrigen, unschädlichen vertauscht oder während der Anwendung ihre Wirksamkeit verloren hatten und zu untauglichen geworden waren? z. B. der Thäter hatte in der Hast das ungeladene Gewehr, das falsche Medicament ergriffen und angewendet, oder die etwas zu kleine Kugel war bei dem Hingehen zu dem Orte der That, oder

Digitized by Google

erſt beim Anlegen unvermerkt dem Gewehr wieder entrollt, dem dargereichten Abortivmittel war durch die Miſchung die ſchädliche fruchttreibende Kraft benommen worden, das beigebrachte Gift hatte ſich durch einen als Vehikel dienen ſollenden Zuſatz in eine ganz unſchädliche Subſtanz aufgelöſt.

Wenn nun hier der ganze Hergang der Sache, insbeſondere aber der animus delinquendi und die Unbekanntſchaft des Thäters mit der Unſchädlichkeit des angewendeten Mittels erwieſen wird, wenn mithin feſtſteht, daß jemand mit dem Entſchluſſe, ein Verbrechen zu begehen, ſeinem Endzwecke entſprechende Handlungen unternommen habe, und ſeinem Vorhaben nur deshalb den gehofften (ſchädlichen) Ausgang nicht verſchaffen konnte, weil unvorhergeſehene Umſtände, ein bloßer Irrthum des Handelnden, die Herbeiführung des Erfolgs unmöglich machten: ſo iſt in der That nicht abzuſehen, mit welchen Gründen ſich das Daſein eines criminellen Verſuchs wegraiſonniren ließe.

Am wenigſten dürfte es denjenigen gelingen, den Vorwurf der Inconſequenz von ſich abzulehnen, welche die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen vertheidigen. Denn ſie mußten, dieſer ihrer Anſicht gemäß, die Strafbarkeit in den oben angeführten Fällen ſchon für begründet halten, bevor noch der Thäter zur Anwendung der Mittel geſchritten war; und wenn nun einem Verbrecher, ſobald er einmal dem Geſetz verfallen iſt, höchſtens das eigne freiwillige Abſtehen von der That Verzeihung erwirken kann [121]), wie läßt ſich eine gleiche An-

121) Dies iſt wenigſtens die gemeine, und nach dem Vorgange

nahme hier rechtfertigen, wo Alles gethan war, um dem beabsichtigten Erfolge Realität zu verschaffen, und dessen Eintritt nur durch außer Berechnung gebliebene Umstände vereitelt wurde?

Zwar ist Roßhirt[122]) einmal so weit gegangen, zu behaupten, jede von der Vollendung auch noch so entfernte Handlung, sobald sie nur fähig sei, den Erfolg zu begründen, sei strafbarer Versuch, sie höre aber auf dies zu sein, sobald sie im Fortgange jene Fähigkeit wieder verliere. Allein er hat hierin nicht nur nirgends Beistimmung gefunden[123]), sondern scheint auch das Exorbitante dieser, wenn gleich zunächst nur aus der objectiven Tendenz des Deutschen Rechtes abgeleiteten Behauptung, — der zu Folge ein bisher allgemein anerkanntes Princip, daß nämlich die Strafbarkeit des **conatus** mit dem Grade seiner Annäherung an das **delictum consummatum** erhöht werde, auf den Kopf gestellt, und ein neuer bisher ebenfalls unerhörter Gegenstand des Entschuldigungsbeweises der sein würde, ob nicht die Versuchshandlung, wenn sie ihren Fortgang gehabt, vielleicht noch in ihrem letzten Stadium die Fähigkeit, den Erfolg hervorzubringen, wieder verloren hätte, — selbst gefühlt zu haben, indem er

---

des Baierschen Gesetzbuches in die meisten neueren Strafgesetzgebungen übergegangene, obgleich nicht unangefochten gebliebene Meinung. S. insbesondere Oersted, Grundregeln p. 159 flg. und dessen Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie B. II. p. 158 flg., ingl. Hepp, Versuche p. 310 flg.

122) Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts p. 311.

123) wohl aber ausdrücklichen Widerspruch erfahren, z. B. Hefftter, Lehrbuch §. 62, Anm. 4.

Digitized by Google

wenigſtens den nämlichen Fall (Darreichung eines durch die Miſchung neutraliſirten Giftes), deſſen Strafloſigkeit er jenem Grundſatze gemäß, im Widerſpruche mit Allen, vertheidigt hatte, in einer ſpätern Schrift [124]) als verbrecheriſchen Verſuch anerkannt hat. Freilich könnte man hierbei immer noch zweifeln, ob dieſe Aenderung der früheren Anſicht ſich nicht blos auf dieſen einzelnen Fall beſchränke, um ſo mehr, als nur die Gefährlichkeit jener Verſuchshandlung (des Giftmiſchens) als Grund ihrer jetzt zugeſtandenen Strafwürdigkeit angegeben wird; indeſſen iſt doch auch ſo viel gewiß, daß das durch die Miſchung neutraliſirte Gift die Fähigkeit, den beabſichtigten Erfolg hervorzubringen, wieder verloren hat. — Eben deshalb aber ſollten auch die Anhänger der Feuerbach'ſchen Anſicht ſich nicht verleiten laſſen, dieſen allerdings kritiſchen Fall als einen ſtrafbaren **conatus delinquendi** anzuerkennen, denn durch dieſes Zugeſtändniß gerathen ſie nothwendig in Widerſpruch mit ſich ſelbſt. Wenn ſie nämlich das Unternehmen desjenigen, der ſich Arſenik zu verſchaffen gewußt hatte, aber bei der Anwendung ſich vergriff und eine unſchädliche Subſtanz beibrachte, ſtraffrei ausgehen laſſen, weil es unmöglich iſt, jemand mit Zucker, Salpeter u. dergl. zu tödten; ſo fragt man mit Recht, weshalb derjenige eines **conatus veneficii** ſchuldig ſein ſolle, der durch die Miſchung des angekauften Giftes einen unſchädlichen Stoff erzeugte, und nun dieſen ſeinem Gegner vorſetzte, da doch das neutraliſirte

124) Abhandlungen civiliſt. und criminaliſt. Inhalts. Heidelberg 1833. Bd. I. p. 291.

Digitized by Google

Gift um nichts mehr gefährlich und nicht blos unzulänglich, sondern so untauglich zur Erreichung des verbrecherischen Endzweckes ist, als in jenem Falle der statt des Giftes eingegebene Zucker oder Salpeter [125]). Hier wie dort hatte sich der Verbrecher mit einem zweckdienlichen Mittel versehen, aber ein untaugliches zur Anwendung gebracht, und in dem einen wie im andern Falle wird er bei einer Wiederholung reüssiren, denn es steht zu erwarten, daß er nun das vorher begangene Versehen vermeiden und geschickter zu Werke gehen werde. Nur unter der Voraussetzung, daß er unter den nämlichen äußeren Verhältnissen ganz dieselbe Handlung wieder-

---

125) Einverstanden mit uns ist wohl Henke in seinem Handbuche; denn ob er gleich daselbst, Th. I. p. 198, zur Verwirklichung des Verbrechens taugliche Handlungen verlangt, erklärt er p. 255 es doch für völlig gleichgültig, ob die gewählten Mittel im vorliegenden Falle wirklich geeignet waren, das beabsichtigte Verbrechen hervorzubringen, oder ob diese ihre Tauglichkeit nur in der Meinung des Handelnden vorhanden war. — Dagegen werden die beiden im Texte parallelisirten Beispiele als zwei ganz ungleichartige, von welchen das eine diesseit, das andere jenseit der Grenze des strafbaren Versuchs liege, beurtheilt von Roßhirt a. a. O., von Hefftter a. a. O. (obgleich Beide die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen anerkennen), und von Zachariä, Lehre vom Versuch der Verbr. §. 125, Anm. 2, der gar keinen Unterschied findet, ob die schädliche Wirkung des Giftes (bereits) durch die Mischung, oder (erst) durch ein genossenes Gegengift aufgehoben wurde; während er nach §. 125, Anm. 1, den Mörder, welcher wegen zu schwacher Ladung sein Ziel nicht erreichte, bestrafen, dahingegen ihn keines strafbaren Mordversuchs schuldig finden will, wenn er zwar mit voller Ladung, aber in zu großer Entfernung auf seinen Gegner schoß! — Dahin also führt der Unterschied zwischen unzureichenden und untauglichen Mitteln!

Digitized by Google

holen sollte, könnte man mit Rossi a. a. Orte sagen: **qu'on répète le même acte dix, vingt fois, le crime n'aura jamais lieu.** Denn das zu schwach geladene, oder in zu großer Entfernung abgefeuerte Gewehr u. s. w. wird ihn so wenig zu seinem Ziele führen, als der Salpeter oder Zucker.

Wir fragen schlüßlich noch die strafende Gerechtigkeit im Namen der durch dergleichen Handlungen Bedrohten, ob und wie sie es vor sich und der ganzen bürgerlichen Gesellschaft zu verantworten gedenke, wenn sie den Bösewicht, der sein verbrecherisches Vorhaben durch Handlungen so unzweideutig an den Tag legte, gleich einem unschuldig einer Missethat Bezüchtigten von ihrem Richterstuhle entläßt, und ob ein die Verschuldung gar nicht afficirender, sondern nur dem Erfolge hindernd entgegentretender Irrthum völlige Strafloſigkeit zu rechtfertigen im Stande sei? [126])

Indem wir übrigens die Beantwortung der Frage, ob in den angeführten Beispielen das ungeladene oder in zu

---

126) Dem Vorwurfe, daß sie oft lediglich den Zufall über die bürgerliche Strafbarkeit einer Handlung entscheiden zu lassen genöthigt sind, suchen die Gegner durch das schon oft benutzte Argument zu begegnen, daß eine Gesetzgebung, welche den Einfluß des Zufalls ganz verbannen wolle, ein Ding der Unmöglichkeit sei; allein hier ist gar nicht die Rede von einer gänzlichen Verbannung des Zufalls aus dem Gebiete des Strafrechts, sondern nur davon, ob man ihn innerhalb desselben so blind walten lassen, und ihm bei unzweifelhafter Schuld des Subjects einen so entscheidenden Einfluß gestatten dürfe, während man doch im Allgemeinen anerkennt, daß der nur zufällig ausgebliebene Erfolg eines verbrecherischen Unternehmens, Strafloſigkeit für den Urheber des letztern nicht zur Folge haben könne. S. auch Hepp, Versuche p. 346. und unten Anm. 137.

Digitized by Google

großer Entfernung abgeschossene Gewehr, der mit dem Gifte verwechselte Salpeter oder Zucker u. s. w. ein **in abstracto**, oder nur **in concreto** untaugliches Mittel sei, denjenigen überlassen, welche mit Hülfe dieser Unterscheidung den ganzen Streit zu schlichten versucht haben, wenden wir uns

3) noch zu denjenigen Versuchshandlungen, welche gleich vom Anfange an so beschaffen waren, daß sie den Naturgesetzen zufolge den beabsichtigten Erfolg gar nicht hervorbringen konnten. Zwar findet sich auch bei den Fällen dieser Art der verbrecherische Vorsatz, und eine in der Absicht diesen **animus delinquendi** zu realisiren vorgenommene äußere Handlung; allein sie unterscheiden sich doch wesentlich von den vorher **sub No. 2** erörterten dadurch, daß dort alle die Haupthandlung vorbereitenden Schritte bis zur Anwendung der Mittel ganz so geschahen, wie sie nur mußten, um dem Endzwecke zu entsprechen, während hier schon in der Art und Weise der Zurüstung zu dem Verbrechen der Grund der Unmöglichkeit seiner Vollendung enthalten ist: dort verloren die angeschafften tauglichen Mittel bei der Anwendung ihre Wirksamkeit wieder in Folge einer mit ihnen vorgegangenen Veränderung oder Verwechselung, oder wegen des ungeschickten Gebrauches, welcher von ihnen gemacht wurde; hier waren sie gleich untauglich, als sie in die Hände des Thäters gelangten. Gleichwohl scheint es nothwendig, auch bei diesen Fällen noch folgenden Unterschied zu machen: entweder nämlich

a) der Verbrecher hatte seinen Sinn auf Erlangung und Anwendung zweckmäßiger Mittel gerichtet, allein es wurden ihm wider sein Wissen und Wollen zweckwidrige untergeschoben,

Digitized by Google

von welchen er nun, unbekannt mit ihrer wahren Beſchaffenheit, den beabſichtigten Gebrauch machte, z. B. er forderte Gift, erhielt aber aus Vorſorge oder Verſehen des Apothekers ein anderes unſchuldiges Medicament, oder das Duell konnte keinen blutigen Ausgang nehmen, weil die Secundanten übereingekommen waren, die Piſtolen blos mit Pulver zu laden u. ſ. w. — oder

b) er gehörte zu jener beſchränkten, heut zu Tage gewiß ſeltenen Claſſe von Menſchen, welche, mittelſt Einwirkung von Sympathie und Zauberei, auch an ſich nichts ſagenden, ganz unſchädlichen Handlungen eine Verderben bringende Kraft beizulegen wähnen, z. B. er glaubte, das allmälige Hinſterben ſeines Feindes dadurch herbeiführen zu können, daß er ein Stück von deſſen Kleidern in einen Sarg legte, ſo daß es mit dem darin befindlichen Leichnam beerdigt wurde, oder auf was ſonſt für Unſinn der Aberglaube ſchon verfallen ſein mag, um den Nebenmenſchen an Leben, Leib, Ehre und Gut zu ſchaden.

Daß nun die Fälle sub a eine Geſetzesübertretung, ein Unrecht, mithin einen ſtrafbaren Verſuch enthalten, bedarf wohl nach dem bisher und beſonders sub 2 Ausgeführten kaum noch einer ſpeziellen Rechtfertigung; denn (um nicht früher Geſagtes zu wiederholen) es liegen auch hier bereits Handlungen vor, die ihrer äußeren Erſcheinung nach auf die Vollendung des intendirten Verbrechens hinweiſen, und von welchen um ſo mehr ein Schluß auf das Daſein und die Ernſtlichkeit des verbrecheriſchen Vorſatzes gemacht werden kann, als das Unternehmen auch wirklich zu Ende geführt

Digitized by Google

wurde, sobald die Untersuchung nur zu dem Resultate führt, daß der Handelnde seinen Irrthum nicht gekannt, sondern in der Ueberzeugung von der Tauglichkeit des zur Anwendung gebrachten Mittels thätig gewesen war. Es klingt allerdings etwas sonderbar — und die Vertheidiger der Feuerbach'schen Ansicht haben vielfältig darauf aufmerksam gemacht — wenn man z. B. sagen hört, A. habe den B. mit Zucker nach dem Leben getrachtet, und sei deshalb wegen versuchten Giftmordes processirt, und mit einer Criminalstrafe belegt worden. Allein die Sache gewinnt sofort ein anderes Ansehen, sobald man es nur nicht verschmäht, eine solche That ihrem ganzen Inhalte nach zu zergliedern, wo dann bei einer Berufung auf den gesunden Menschenverstand (dem wir übrigens nicht mehr Gewicht beilegen, als die Gegner), das Urtheil gewiß eben so bestimmt gegen die Straflosigkeit ausfallen dürfte, als man jenen schon für die letztere in Anspruch genommen hat [127]). Dazu kommt noch, daß am Ende das

---

127) Es sei erlaubt, zum Beleg des oben Gesagten ein Beispiel von Escher (Vier Abhandlungen u. s. w. p. 170) zu entlehnen. A. bemerkt, daß sein Wein ungewöhnlich trübe ist, auch einen seltenen Geschmack hat, er stellt deshalb die Magd zur Rede, diese überzeugt sich von der Wahrheit der Behauptung ihres Herrn, und erzählt nun, wie B., der Associé des A., ihr auf eine zudringliche Weise das Geschäft abgenommen habe, den Wein herauf zu tragen. A. stellt nun den B. zur Rede; dieser leugnet, daß er den Wein geholt, entfernt sich unter einem Vorwande, und entwischt. Es wird constatirt, daß B. den Wein herauftrug; allein es findet sich in dem letzteren nichts weiter, als ein Zusatz von Salpeter. B. wird eingefangen, bekennt, daß er, weil er sich Unterschlagungen erlaubt habe, in der Verzweiflung den Entschluß gefaßt, den A. zu vergiften, in der Hoffnung, daß

Digitized by Google

Auffallende mehr im Namen, als in der Sache selbst liegt. Man findet es zu hart, ja barbarisch, daß der Urheber eines so ganz unschädlichen und fruchtlosen Experimentes demjenigen gleich behandelt werden soll, der vielleicht mit der raffinirtesten Bosheit und Umsicht zu Werke gegangen war, und dessen That nur an einem ihm von außen her entgegentretenden Hindernisse scheiterte; ohne zu erwägen eines Theils, daß die Handlung des Einen wie des Andern, von subjectiver Seite gewürdigt, ganz dieselbe ist, (abgesehen hier von ihrer Uebereinstimmung in Ansehung des Mangels der Vollendung,) und daß man andern Theils dem Umstande, daß die erstere den Keim der absoluten Erfolglosigkeit bereits in sich selbst trug, während es bei der letzteren erst eines Gegenmittels bedurfte, um ihre Schädlichkeit zu brechen, hinreichenden Einfluß gestattet, wenn man darauf eine Verschiedenheit in Ansehung der Bestrafung gründet. Und in der That sind auch hiermit, nämlich mit der verhältnißmäßig gelindern Bestrafung der sogenannten untauglichen Versuchshandlungen, die meisten von denjenigen Rechtsgelehrten [128]), welche nur überhaupt die Strafbarkeit derselben statuiren, einverstanden [129]); selbst

---

dann nichts an den Tag kommen werde. Das Gift habe er übrigens von seinem Freunde, dem Apotheker N., erhalten, und eigenhändig unter den Wein gemischt. Nun ergiebt sich aber, daß N., um seinen Freund abzuhalten, vielleicht an einem andern Orte wirkliches Gift zu erhalten, ihm Salpeter für Arsenik gegeben habe.

128) Mehrere sprechen sich jedoch über diesen Punkt gar nicht näher aus, und von der abweichenden Ansicht Tittmann's war bereits oben bei Anm. 24 bis 27 die Rede.

129) S. Oersted, Grundregeln p. 176, Escher, Vier Abhand-

Digitized by Google

Mittermaier [130]) giebt zu, daß, wenn einmal gestraft werden solle, wenigstens eine gelindere Strafe, als sonst beim Versuche eintrete, angewendet werden müsse, und fast nur Roßhirt [131]) hat sich bis jetzt, obwohl ohne weitere Rechtfertigung, entschieden dagegen erklärt, während wir das Urtheil des neuesten Bearbeiters der Lehre vom Versuche über diese Frage noch zu erwarten haben [132]). Freilich scheint die Mehrzahl nur durch ein unbestimmtes Gefühl zu dieser Annahme bewogen worden zu sein, denn sie lassen sich auf eine spezielle Begründung derselben durchaus gar nicht ein. So

---

lungen p. 167, Salchow, Lehrbuch des peinl. Rechts §. 129 (der 3ten Ausgabe), Stelzer, Kritik des Egger'schen Entwurfs p. 164, Stübel, Entwurf eines Strafgesetzbuchs f. d. Königreich Sachsen §. 182, Bauer, Anmerkungen zu dem Hannoverschen Entwurfe, Th. I. p. 412, Herrmann, zur Beurtheilung des Entwurfs eines Criminalgesetzbuchs für Sachsen, p. 71, Not. 7.

130) Im N. A. B. X. p. 552—554.

131) Entwickelung der Grundsätze des Strafr. p. 313. Anm. *: „Was hätte wohl Oersted über die Ansicht des Hannoverschen Entwurfs, den Versuch mit untauglichen Mitteln geringer zu strafen, „und noch dafür eine Stufenleiter zu erfinden! geurtheilt?" — Dies dürfte allerdings nicht schwer zu errathen sein, denn p. 176 seiner Grundregeln sagt er: „Wenn der Gesetzgeber die volle Strafe des „Giftmordes bei dem, der einem Andern ein tödtliches Gift beigebracht hat, da nicht zur Anwendung gebracht wissen will, wo „dessen Wirksamkeit durch ein Gegengift gehemmt wird, so könnte es „wohl consequent sein, die Strafe in dem Falle noch weiter herabzusetzen, wenn das Gift an sich zum Tödten zu schwach war, „oder das vermeintliche Gift eine unschädliche Substanz „enthielt" — eine Stelle, welche Roßhirt übersehen zu haben scheint.

132) Zachariä, Lehre vom Versuche p. 263.

Digitized by Google

namentlich Escher und Salchow, ingleichen Mittermaier, welcher meint, daß die in manchen neueren Gesetzgebungen für dergleichen Fälle angedrohte mildere Strafe aus einem gesunden, vor der Härte, zu welcher hier die Consequenz führe, zurückschaudernden Gefühle hervorgegangen sei. Stelzer, der eine außerordentliche Strafmilderung eintreten lassen will, beruft sich zwar auf die größte Zerstörung des Bewußtseins, welche der Thäter durch eine solche Handlung an den Tag lege: allein wie im Irrthum der Art, wie er bei den untauglichen Versuchshandlungen vorkommt, eine so enorme Zerstörung des Bewußtseins verrathe, daß wegen dieser eine Herabsetzung der Strafe nothwendig werde, läßt sich in der That nicht wohl begreifen. Es ist eben nur eine falsche Voraussetzung, eine parzielle Täuschung, wie sie auch wohl dem Besonnenen begegnen kann, in welcher der Thäter befangen ist, und welche ihres Gegenstandes wegen, weil sie die Beschaffenheit des Mittels zum Zweck betrifft, die Unmöglichkeit der Consummation des Verbrechens zur Folge hat; hiervon abgesehen aber verräth er durch die Ausführung seines Vorhabens weder einen Mangel des Bewußtseins seiner selbst, noch des Zweckes, welchen er verfolgt, noch auch der Strafbarkeit dieses letztern. In einem gewissen Sinne kann man freilich auch hier von einem gestörten oder getrübten Bewußtsein sprechen, wiefern nämlich der Verbrecher das Bewußtsein seiner Würde als Mensch, als Vernunftwesen, verloren, der Leidenschaft unterthan geworden, und, indem er durch die That ein Gut zu erreichen strebt, sich selbst ein Uebel bereitet, so daß der rechtswidrige Wille als sein

Digitized by Google

eignes Object vernichtend erscheint. Allein das Nämliche gilt eben von jedem Missethäter, und kann um so weniger Entschuldigung verdienen, weil man außerdem der gröbsten Sinnlichkeit die größte Nachsicht angedeihen lassen müßte [133]). Eine außerordentliche, Strafmilderung erheischende Geistes- oder Gemüthslage des Verbrechers kann man also durchaus nicht als Ursache seines diesfallsigen Irrthums betrachten, und somit muß jeder, hiervon ausgehende Versuch, die behauptete gelindere Bestrafung zu rechtfertigen, nothwendig mißlingen.

Dagegen läßt sich wohl nicht in Abrede stellen, daß Unternehmungen der Art wegen der nicht selten vom Thäter dabei an den Tag gelegten besondern Einfalt und Ungeschicklichkeit nicht nur von subjectiver Seite auf einer niedrigern Stufe der Strafbarkeit erscheinen, sondern daß auch ihre objective Beschaffenheit — bei der ihnen nur nach der Absicht und dem Dafürhalten des Handelnden inwohnenden Gefährlichkeit — eine hinreichende Veranlassung zur Herabsetzung der außerdem beim Versuche eintretenden Strafe enthalte. Hierauf allein, wenn überhaupt irgend worauf, scheint das Rücksichtsgefühl, welches die genannten Rechtslehrer sowohl, als die neueren Strafgesetz-Entwürfe bei der Annahme einer gelinderen Bestrafung der untauglichen Versuchshandlungen leitete, zurückgeführt werden zu können, und zwar nach einer Analogie der als nothwendig anerkannten Verschiedenheit in Ansehung der Bestrafung des nahen und des entferntern Versuchs.

133) S. auch Hepp, Versuche p. 359 u. 360, der sich jedoch überhaupt gegen jede mildere Strafe zu erklären scheint, nicht blos gegen die von Stelzer behauptete außerordentliche Stafmilderung.

Digitized by Google

Denn fragen wir nach dem Grunde, warum die Strafbarkeit des Verſuchs mit dem Grade ſeiner Annäherung an das vollendete Verbrechen ſteigt; ſo liegt derſelbe einestheils in der aus der fortſchreitenden Thätigkeit des Verbrechers hervorgehenden größern Feſtigkeit ſeines böſen Willens — denn jeder neue Schritt zur Ausführung eines geſetzwidrigen Entſchluſſes ſetzt, wie Henke *) treffend bemerkt, entweder eine Erneuerung dieſes Entſchluſſes voraus, oder eine ſolche Feſtigkeit des widerrechtlichen Willens, daß jener Entſchluß während der ganzen Dauer der Ausführung des Verbrechens nicht wankend werden konnte — anderntheils aber in der in eben dem Verhältniſſe ſteigenden Gefährlichkeit ſeiner Handlung, in der mehr und mehr zunehmenden Wahrſcheinlichkeit, daß er den geſetzwidrigen Endzweck, auf welchen er hinarbeitete, auch wirklich erreichen, den beabſichtigten Schaden wirklich ſtiften werde [134]).

Sonach würde ſich alſo als Princip für den Maaßſtab der Strafbarkeit der untauglichen Verſuchshandlungen folgendes aufſtellen laſſen: Je mehr oder weniger Einfalt und Ungeſchicklichkeit der Handelnde einerſeits bei ſeiner Unternehmung an den Tag gelegt hat, und in einem je früheren oder ſpäteren Stadium andrerſeits der Handlung die Möglichkeit zu

*) Handbuch Th. I. p. 534.

134) Man könnte auch noch anführen, daß die gelindere Beſtrafung eben deshalb wenigerem Bedenken unterliege, weil ja Andere dergleichen Fälle für ganz ſtraflos hielten. Allein man wird ſich dieſes Arguments höchſtens gegen diejenigen bedienen können, welche in Anſehung der Strafgröße keinen Unterſchied machen wollen, ob taugliche oder untaugliche Mittel angewendet wurden. Die Strafbarkeit und Strafloſigkeit ſind einander ſo entgegengeſetzt, daß ſie ſich gar nicht zu einem Dritten (geringere Strafe) vereinigen laſſen.

Digitized by Google

ſchaden, die Gefährlichkeit, benommen wird, eine deſto niedrigere oder höhere Stufe der Strafbarkeit nimmt ſie ein; ſo daß dem gemäß die oben sub No. 2. genannten Verſuchshandlungen auf der oberſten höchſten, die sub 3. lit. a. hingegen auf der zweiten mittleren, und endlich die sub 3. lit. b. aufgeführten Verſuche mit ſympathetiſchen und anderen ganz unſchädlichen Mitteln, welche der Thäter in ſeiner Einfalt für tauglich hielt, auf der letzten niedrigſten Stufe der Strafbarkeit ſtehen würden.

Dies wären denn alſo die Unterſchiede, auf welche wir bereits oben Anmerk. 47. hindeuteten, und welche allerdings im Weſentlichen mit der von Bauer in den Anmerkungen zum Entwurfe eines Strafgeſetzbuches für Hannover Th. I. p. 404 flg. und Th. II. p. 117 flg. entwickelten Anſicht übereinſtimmen. Ob und wie weit es uns aber gelungen ſei, noch Einiges zur Befeſtigung dieſer ſo ſehr beſtrittenen Anſicht im Allgemeinen ſowohl, als insbeſondere zur Rechtfertigung der je nach Verſchiedenheit der hierbei möglichen Fälle behaupteten verſchiedenen Beſtrafung beigetragen zu haben, möge dem Urtheil des Leſers anheim gegeben ſein.

Uns bleibt jetzt, bevor wir das poſitive Recht um ſein Urtheil befragen, nur noch übrig

ad II. die andre Claſſe von Verſuchshandlungen, welche wir, abweichend von Bauer [135]), von der vorhergehenden trennen zu müſſen glaubten, etwas näher ins Auge zu faſſen, diejenige nämlich, wo das beabſichtigte Verbrechen an dem Gegenſtande der That ſcheiterte.

135) S. oben Anmerk. 108.

Digitized by Google

Die Hauptähnlichkeit zwiſchen dieſer und der erſten Hauptclaſſe iſt die Unmöglichkeit der Vollendung ſolcher Unternehmungen, ihre weſentlichſte Verſchiedenheit aber beſteht darin, daß hier dem verbrecheriſchen Endzwecke ganz entſprechende, dort hingegen zweckundienliche Mittel zur Anwendung gebracht wurden. Hier wie dort iſt alſo ein Irrthum des Handelnden Grund der nothwendigen Erfolgloſigkeit [136]) ſeines Unternehmens, und wer ſich nun mit uns zu der bisher ausgeführten Anſicht bekennt, daß die durch einen bloßen Irrthum veranlaßte Conſummationsunmöglichkeit den Begriff und das Daſein eines ſtrafbaren Verſuchs nicht aufhebe, weil es dazu nur einer äußeren, auf die Vollendung eines Verbrechens vorſätzlich gerichteten Handlung bedarf, der wird auch ſchon um der Conſequenz willen nicht Strafloſigkeit der an der Beſchaffenheit des Objectes geſcheiterten verbrecheriſchen Unternehmungen behaupten dürfen, ſobald nur der Vorſatz, ein beſtimmtes Verbrechen zu begehen, und die Unbekanntſchaft des Thäters mit der die Vollendung unmöglich machenden Beſchaffenheit des Gegenſtandes hergeſtellt iſt. Er wird alſo namentlich einen ſtrafbaren **conatus homicidii** annehmen müſſen bei einer gegen einen Leichnam **animo occidendi** gerichteten tödtlichen Handlung, ferner einen **conatus adulterii** bei

136) Hierunter iſt natürlich immer nur das Ausbleiben des grade beabſichtigten Erfolgs zu verſtehen, denn außerdem läßt ſich ſehr wohl denken, daß z. B. das einer für ſchwanger Gehaltenen beigebrachte Abortivmittel die nachtheiligſten Veränderungen in Anſehung ihres Geſundheitszuſtandes hervorbringt, die Verſuchshandlung alſo in dieſem Sinne keineswegs erfolglos blieb.

Digitized by Google

einem von dem in putativer Ehe lebenden Gatten gepflogenen Beischlaf mit einer dritten Person; einen versuchten Diebstahl, wenn der Entwender aus Irrthum seine eigene Sache dem fremden Besitze entzog, und nicht weniger eine versuchte Kindesabtreibung, wenn eine vermeintlich Schwangere ein Abortivmittel nahm. Ja man sollte meinen, die Strafbarkeit unterliege hier schon um deswillen wenigerem Bedenken, weil die ganze Thätigkeit des Handelnden in einem höheren Grade noch, als bei der Anwendung untauglicher Mittel, die Form und Gestalt einer verbrecherischen an sich trägt, und der **animus delinquendi** unzweifelhafter aus ihr hervorleuchtet. — Und soll denn derjenige, welcher in der Absicht zu stehlen in ein Cassengebäude einstieg, aber die erbrochenen Kisten leer fand, weil grade an diesem Tage sämmtliche Gelder an die Hauptcasse abgeliefert worden waren, oder derjenige, welchen der Zufall in einem Depositorium grade zu demjenigen Behältnisse führt, in welchem seine eignen Effecten verwahrt lagen — soll ein solches Subject ungestraft davon kommen? Und wenn nicht; aus welchem andern Grunde, als **ex causa furti**, will man ihm den Proceß machen? Soll man den erwiesenen **animus furandi** ganz unbeachtet lassen, und etwa blos wegen verübter Gewaltthätigkeit strafen? Gesetzt aber die Umstände waren so beschaffen, daß es gar keiner Gewalt, sondern bloßer List und Verwegenheit dazu bedurfte, oder das beigebrachte Abortivmittel verursachte keine wesentliche Veränderung in dem Gesundheitszustande der für schwanger gehaltenen Person? — Und wodurch unterscheidet sich denn derjenige, der einem noch lebend geglaubten, in der That aber bereits von seinem Ge-

Digitized by Google

nossen erschlagenen Menschen den Dolch in das Herz stößt, von dem Andern, welcher in tödtlicher Absicht auf seinen Freund schießt, ihn aber nicht verwunden konnte, weil er einen kugelfesten Anzug trug? Nicht seinem Vorsatze nach; denn in beiden Fällen liegt derselbe animus occidendi zum Grunde — nicht seiner Handlung nach; denn diese ist der verbrecherischen Absicht ganz entsprechend vorgenommen und zu Ende geführt — nicht endlich in Ansehung des Erfolgs; denn dieser ist hier wie dort ausgeblieben und konnte nicht herbeigeführt werden, wegen der eigenthümlichen, dem Thäter unbekannten Beschaffenheit des Gegenstandes der Verletzung. Dessenungeachtet verkennen wir nicht die allerdings nach statt findende Verschiedenheit der beiden Fälle. Wir geben zu, daß dort die Erreichung des Endzweckes, Lebensberaubung, absolut, hier hingegen nur relativ unmöglich war; allein wir können uns nie mit der Ansicht vereinigen, daß ungeachtet des, so weit es nur immer durch Thatkraft geschehen konnte, manifestirten verbrecherischen Willens, und ungeachtet der eben deshalb den Thäter treffenden gleichen Verschuldung, die absolute Unmöglichkeit der Vollendung Straflosigkeit begründen solle, während man doch zugiebt, daß das wegen relativer Consummationsunmöglichkeit mißlungene Verbrechen in Ansehung seiner Strafbarkeit auf gleicher Stufe mit dem nächsten Versuche stehe. Vielmehr sind wir der Meinung, daß die menschliche Gerechtigkeit, wenn sie sich nicht zu einem blos polizeilichen Institute herabwürdigen will, auch hier einschreiten, und eine, wenn gleich mit Rücksicht auf die gänzliche Gefahrlosigkeit der Handlung in Beziehung

Digitized by Google

auf den grade gewählten Gegenstand der Verletzung, gelindere Strafe eintreten lassen müsse [137]). Wir wollen auch nicht fortfahren, Beispiele zu fingiren, um sie etwa denjenigen an die Seite zu setzen, welche unter Anderen wieder Zachariä [138]) zu dem Zwecke aufgeführt hat, um das Unangemessene einer Strafe bei untauglichen Versuchs-

---

137) In Herrmann's Beurtheilung des Entwurfs eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Leipzig 1836. p. 78 heißt es: „Man hat gegen diese Ansicht (der Straflosigkeit) schon oft erinnert, daß sie die Bestrafung von Verbrechen vom Zufalle abhängig mache, daß, wenn A. seinen für lebend gehaltenen Feind B. ins Wasser wirft, um ihn zu ertränken, ein rechtswidriger Wille erkennbar vorliege, und die Gerechtigkeit es nicht dulden könnne, wenn A. deshalb straflos werde, weil B. wenige Augenblicke vorher am Schlage gestorben sei. Ungeachtet dieser Einwendungen erkennt man aber doch in anderen Dispositionen den Einfluß dieses Zufalls an, indem man z. B. nur wegen Versuchs straft, wenn zufällige Umstände den Erfolg der vollendeten verbrecherischen Handlung abgewendet haben. Die menschliche Gerechtigkeit wird sich der höheren Fügung unterordnen müssen, und man wird dies wohl nicht mehr so bedenklich finden, wenn man hier statt des Wortes Zufall den angemessenen Ausdruck Schickung Gottes wählt." — Man straft aber doch ungeachtet des zufällig ausgebliebenen Erfolgs, wenn auch nur wegen Versuchs. Und was ist es denn anders in Beziehung auf den Thäter, dessen Feind kurz vor der mörderischen Handlung am Schlage gestorben war, als Zufall, oder, wenn man lieber will, Schickung Gottes, welche den Erfolg als Product der Handlung unmöglich machte, indem sie denselben schon unmittelbar vorher hatte eintreten lassen? Straft man dort die erfolglose Handlung, warum nicht auch hier, wo es nicht weniger gerecht ist, daß das Geschehene vergolten, als nothwendig des Künftigen entgegengewirkt werde? — Siehe übrigens auch das oben Anmerk. 126 Gesagte.

138) a. a. O. p. 249.

Digitized by Google

handlungen anſchaulicher zu machen [139]); ſondern begnügen uns, auf zwei in der neueſten Zeit vorgekommene merkwürdige Kindermordfälle aufmerkſam zu machen, von welchen der eine [140]) in beiden Inſtanzen, und zwar in der letzten von der Göttinger Juriſtenfacultät, nach der von uns vertheidigten Anſicht entſchieden, und der Inculpatin wegen verſuchten infanticidium und concurrirender kulpoſer Tödtung des Kindes eine zehnjährige Zuchthausſtrafe zuerkannt wurde; während bei Entſcheidung des andern [141]) durch die Hannoverſche Juſtizkanzlei zu Osnabrück von der entgegengeſetzten Theorie ausgegangen, und die Inculpatin, gewiß zu ihrer eignen und nicht minder ihres Defenſors großen Ueberraſchung — der letztere hatte wenigſtens auf eine kurze Freiheitsberaubung

---

139) Wir beſorgen nicht falſch, und namentlich ſo verſtanden zu werden, als wollten wir der ſo ſcharfſinnigen Vertheidigung Zachariä's damit zu nahe treten, wenn wir zur eignen Rechtfertigung auf folgende ſehr beherzigenswerthe Bemerkung Bauer's in ſeiner Anmerkung zum Hannoverſchen Entwurf Thl. II. p. 123 verweiſen: „Das Unſtatthafte einer jetzt ſo beliebt gewordenen, zur Conſequenzmacherei führenden Beiſpielskritik iſt leicht nachzuweiſen. Denn daß ein Begriff wegen der Schwierigkeit ſeiner richtigen Anwendung nicht für falſch gehalten werden kann, dies iſt eben ſo gewiß, als daß die Folgen, zu denen ein mit ſtrenger Conſequenz durchgeführter Rechtsſatz hinleitet, keinen Grund abgeben kann, ſeine Richtigkeit zu bezweifeln. Die richtige Anwendung iſt Aufgabe der Urtheilskraft, und die ganz beſonderen Eigenthümlichkeiten einzelner Fälle kann die Geſetzgebung nicht beachten."

140) S. Hitzig's Zeitſchrift für deutſche und ausländiſche Criminal-Rechts-Pflege, Heft I. p. 68 fg.

141) S. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, Jahrg. 1836. p. 69 folg.

Digitized by Google

angetragen — von der wegen Tödtung ihres Kindes wider sie eingeleiteten Untersuchung ab instantia absolvirt wurde, indem der erkennende Richter weder in der Art und Weise, wie sie ihren hülflosen Zustand bei der Niederkunft und die dadurch entstandene Lebensgefahr für das neugeborne Kind selbst herbeiführte [142]), eine culpa, noch auch in der gestandener Maaßen animo occidendi dem Kinde zugefügten

142) Die Inculpatin, der alle die Rücksichten, welche die Lage einer Erstgebärnden zu nehmen erheischt, nicht zu Statten kommen, weil sie bereits einige Jahre früher einmal außerehelich niedergekommen war, hatte nämlich die unerfreuliche Aussicht, denjenigen ihrer Liebhaber, den sie gern als Vater des Kindes, mit welchem sie schwanger ging, anerkannt wissen, und ihn dadurch zur Eingehung einer Ehe mit ihr bestimmen wollte, zu verlieren, weil sie sich während seiner mehrmonatlichen Abwesenheit in den Armen eines Andern zu trösten gewußt, und dadurch bei jenem Zweifel über die an ihn, als Vater, zu machenden Ansprüche erregt hatte. Ihre Schwangerschaft hatte sie nicht verhehlt, wohl aber behauptet, sie erwarte ihre Niederkunft im Monat März (d. h. 9 Monate noch ihres ersten Beischläfers Rückkehr). Allein die Entbindung erfolgte zwei Monate früher. Sie hatte eben erst ihrem Liebhaber noch den Beischlaf gestattet, als sie von heftigen Wehen befallen wurde, und statt nun ihren neben ihr schlafenden Bettgenossen, oder ihre Dienstherrschaft zu wecken, und von dieser Beistand zu erbitten, schleicht sie sich in der kalten Januarnacht gegen 11 Uhr heimlich aus dem Bette fort, zu den 50 Schritte entfernt wohnenden Nachbarsleuten, und weckt diese, wird jedoch, bevor sie noch Obdach finden kann, von der Geburt überrascht, so daß das Kind aus ihrem Schooße auf die gepflasterte Auffahrt niederfällt. Sie wickelte nun das schreiende Kind, ohne die, angeblich durch den Hergang der Geburt zerrissene, Nabelschnur zu unterbinden, in einen mitgenommenen Rock, und zwar auf eine solche Weise, daß dadurch der freie Zutritt der Luft zu Mund und Nase des Kindes ganz verhindert, mithin die Respiration sehr erschwert werden mußte, und wurde eingelassen.

Digitized by Google

Mißhandlungen [143]) einen **conatus infanticidii** oder richtiger **parricidii** [144]) finden zu können glaubte, weil keine vollkommene rechtliche Gewißheit darüber zu erlangen gewesen, ob das nach dem Urtheile der Sachverständigen lebendig und lebensfähig geborene Kind in dem Momente, wo die Mutter erst den Entschluß, es umzubringen, gefaßt haben und diesem entsprechend thätig gewesen sein will, noch lebte, oder ob es nicht kurz vorher in Folge der ungünstigen äußeren Einflüsse, unter welchen es zur Welt kam, bereits verstorben war. — Wenn wir uns nun auch jedes weiteren Urtheils darüber ent-

---

143) Abgesehen nämlich davon, daß die Mutter nicht nur durch die Verwahrlosung ihrer Niederkunft, so wie durch die Art und Weise, wie sie das Kind unmittelbar nach der Geburt behandelte, indem sie den wollenen Rock, in welchen sie dasselbe ganz und gar eingewickelt, um den Hals des Kindes zuhielt, und so das Einathmen der Luft ungemein erschwerte, sich eine grobe Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließ, welche durch ihre Aussage, sie habe dies gethan, um das Kind vor Kälte zu schützen — denn zu diesem Zwecke bedurfte es nicht des Zuhaltens um den Hals — nicht gehoben werden kann; hat sie auch wiederholt gestanden, sogleich nach ihrem Eintritte in das Haus des Nachbars den Entschluß gefaßt zu haben, das Kind, weil es doch einmal zu früh gekommen, als daß es von ihrem Liebhaber als das seinige anerkannt werden würde, nur schnell von der Welt zu bringen, und diesen Entschluß sofort auf die Weise zur Ausführung gebracht, daß sie dem Kinde anhaltend den Hals so fest zugedrückt, daß es demselben unmöglich gewesen sei, Athem zu schöpfen, geschweige denn — was eine vereidete Zeugin bekundet hat — noch einen (heisern) Schrei von sich zu geben.

144) wegen fehlender Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft; denn die letztere hätte sie nur gern vor ihrem Liebhaber geheim gehalten.

Digitized by Google

halten, ob die Aerzte, und vorzugsweise die Secanten, in ihrem Gutachten die Todesursache, nicht mit etwas mehr Bestimmtheit, als geschehen, hätten angeben können [145]); wenn ferner das Verfahren des erkennenden Richters, welcher das

---

145) Die Section ergab nämlich mit Gewißheit, daß das Nichtunterbinden der Nabelschnur ganz unschädlich geblieben war. Dagegen fanden sich 1) am Kopfe des Kindes, und zwar a) als Folgen des bei der Geburt auf dem harten Boden erfolgten Sturzes — die Obducenten meinen freilich, es könne die sogleich zu nennende Erscheinung eine Folge des Sturzes sein, sie könne aber auch möglicher Weise in einer vorsätzlichen Verletzung nach der Geburt ihren Grund haben — unter dem dunkelblau durchscheinenden **pericranium** beider Scheitelbeine ein Extravasat von mehreren Tropfen schwarzen Blutes, während die Hirnschalenknochen sich unverletzt und von fester Beschaffenheit zeigten. Diesem nach, sagen die Gerichtsärzte, könne möglicher Weise eine Erschütterung des Gehirns den Tod verursacht haben. Außerdem waren b) die Gefäße der **dura mater** ziemlich mit Blut angefüllt. So unbestimmt dies ausgedrückt ist, so scheint das „ziemlich" doch auf eine Regelwidrigkeit hinzudeuten, über welche sich aber weder die Obducenten, noch das Göttinger Gutachten aussprachen. Da übrigens diese Blutanfüllung im Protokoll nicht als eine blos lokale, etwa der Sugillation des **pericranii** correspondirende, bezeichnet wird; so ist es nicht unwahrscheinlich, sie als eine Wirkung des von der Mutter auf den Hals des Kindes ausgeübten Druckes zu betrachten. 2) Als Spuren des so eben erwähnten Druckes aber fand sich äußerlich vorn am Halse in der Gegend des Kehlkopfes eine ziemlich dunkelgeröthete pergamentartig anzufühlende Stelle, und an den Seiten derselben mehrere von den an dem Rocke, in welchem das Kind eingewickelt war, befindlichen Haken und Oese herrührende Eindrücke. Beim Durchschneiden dieser rothen Stelle nun fanden sich auf dem Kehlkopfe ebenfalls mehrere Tropfen ausgetretenen schwarzen Blutes. Jedoch waren gar keine, oder nach dem Facultätsgutachten wenigstens keine deutlichen Zeichen der Erstickung aufzufinden.

Digitized by Google

von der mediciniſchen Facultät in Göttingen eingeholte Gutachten, welches über die fragliche causa mortis ſich weniger ſchwankend und unbeſtimmt ausſprechen zu dürfen glaubte [146]) ganz unberückſichtigt gelaſſen, und nach dem Beiſpiele des Defenſors [147]) lediglich das Sectionsprotocoll, ſo wie

---

146) Während nämlich die Obducenten zu dem Reſultate gelangen, daß ſich die Todesurſache an der Leiche nicht habe finden laſſen, ſie alſo nicht wüßten, woran das Kind geſtorben ſei: möglicher Weiſe an Gehirnerſchütterung, oder in Folge der Verletzung am Halſe, oder an einer durch dieſe Vorgänge herbeigeführten Schwäche, von welcher es ſich wegen gänzlicher Vernachläſſigung nicht habe wieder erholen können; ſo lautet das Facultätsgutachten dahin, daß das Kind durch den Fall mit dem Kopfe auf die gepflaſterte Auffahrt nicht geſtorben, und daß dieſer Sturz, der gar keine bedeutende Spuren, namentlich keinen Schädelknochenbruch und keine Blutergießung innerhalb der Schädelhöhle zurückgelaſſen, weder als alleinige, noch als vorzügliche, noch auch als mitwirkende Todesurſache zu betrachten ſei, da das Kind nach demſelben noch gelebt und geweint habe, mithin nicht einmal eine Betäubung vorhanden geweſen ſei. Dagegen laſſe ſich als nächſte Veranlaſſung zum Tode des Kindes allerdings das geſtändige Zudrücken des Halſes von Seiten der Mutter anſehen. Denn wenn auch keine deutlichen Zeichen der Erſtickung bei der Section wahrgenommen worden ſeien, ſo könne das doch die Annahme, das Kind ſei durch die von der Mutter vorgenommene Procedur ums Leben gekommen, nicht aufheben, da der Druck nicht auf einmal und nicht unmittelbar auf den Hals des Kindes, aber doch lange, und, wie die Spuren am Halſe der Leiche beweiſen, auch ſtark genug ausgeübt worden ſei, um, wenn nicht den wirklichen Tod, was ſich nicht unbezweifelt ausſprechen laſſe, ſo doch den Schein-Tod des Kindes herbeizuführen, welcher letztere dann, bei gänzlicher Unterlaſſung von Wiederbelebungsverſuchen, in den wirklichen Tod übergegangen ſei.

147) Dieſer hatte nämlich geäußert, er werde, ſobald das Gericht ſeine Beurtheilung auf das Facultätsgutachten baſiren wolle, auf Einholung eines anderweiten Gutachtens beſtehen.

Digitized by Google

das wohl zu sehr einer bloßen Möglichkeits-Theorie ergebene und eben deshalb der Inculpatin günstigere Gutachten der Obducenten zur Basis seines Urtheils genommen hat, nicht genügend gerechtfertigt erscheint; so ist doch so viel gewiß, daß Richtersprüche der Art, wie der vorliegende, schon allein hinreichen dürften, eine Gesetzgebung vor der Annahme der Theorie zu warnen, nach welcher es unmöglich ist, selbst den geständigen und durch die Umstände schwer gravirten Missethäter zur Rechenschaft und zu einiger Strafe zu ziehen. —

Am Schlusse dieses Paragraphen verdient aber noch die singulaire Ansicht einiger Gelehrten eine besondere Erwähnung, der zu Folge zwischen den Fällen der ersten und zweiten Hauptclasse nicht blos die oben angegebene factische Verschiedenheit besteht, sondern wonach auch die rechtliche Beurtheilung derselben zu einem grade entgegengesetzten Resultate führt. Zu diesen gehören nämlich Jordan [148]) und Lelièvre [149]), nicht aber Roßhirt [150]), obwohl auch dieser hier darum genannt zu werden verdient, weil er kürzlich wieder unsere Streitfrage einer neuen Prüfung unterworfen und dieselbe in eigenthümlicher Weise durch Aufstellung neuer Kategorieen zu lösen versucht hat. Indessen ist der Erstere von diesen Dreien im Ganzen wohl der von uns vertheidigten Ansicht zugethan;

148) De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectant. Marburg. 1826. p. 20 — ein Programm, welches wir nur Anderen nachcitiren können.

149) in der mehrmals cit. Preisschrift: de conatu delinquendi, p. 373 flg.

150) Zwei criminalist. Abhandlungen, Heidelberg 1836. p. 131 — 134.

Digitized by Google

denn er erklärt ſich für die Strafbarkeit der an dem Gegenſtande ſcheiternden Verſuchshandlungen, und behauptet, wenn wir der Relation Anderer [151]) folgen, die Strafbarkeit des Verſuchs mit untauglichen Mitteln nur nach positivem Rechte, und namentlich wegen Art. 178 der Carolina, deſſen Interpretat Gegenſtand eines folgenden Paragraphen ſein wird. — Keinesweges grade der entgegengeſetzten Anſicht iſt Lelièvre [152]). Denn in Anſehung der Fälle, welche Jordan mit uns für ſtrafbar hält, ſcheint er ſelbſt nicht recht einig mit ſich geworden zu ſein. Er erhebt anfänglich allerhand Zweifel gegen Strafloſigkeit derſelben, geſteht, daß ſie in gewiſſer Hinſicht (aliquo modo) eine Geſetzesübertretung enthalten, und daß dadurch in der That auch, wenn gleich nicht in dem Grade, wie durch jeden andern Verſuch, ein intellectueller Schade erzeugt werde, alſo Grund zur Beſtrafung vorhanden ſei. Nichtsdeſtoweniger erklärt er ſich nachher beſtimmt gegen Wintgens [153]), einen eifrigen Vertheidiger der Strafbarkeit derſelben, weil man bei conſequenter Durchführung dieſer Anſicht zur Annahme von Abſurditäten genöthigt werde, und meint dann zum Schluß, daß, wenn er ſich zu einer Strafe verſtände, es wenigſtens eine viel geringere, als bei jedem andern Verſuche, ſein würde. — Wenn man nun auch aus dieſem Raiſonnement ſo viel entnehmen kann, daß Lelièvre ſich mehr für als gegen die Unſträflichkeit von dergleichen

151) Namentlich Mittermaier's im N. Arch. B. X. p. 539 u. 546, und beſonders Zachariä's Lehre vom Verſuch p. 238.

152) Wie man nach Zachariä a. a. O. glauben ſollte.

153) De conatu delinquendi, Groning. 1822. p. 43, 139 u. 140.

Unternehmungen erklären zu müssen glaubte, so kann man ihn doch mit weit wenigerem Rechte in Ansehung des Versuchs mit untauglichen Mitteln als einen Gegner Jordan's betrachten. Vielmehr unterscheidet er hier mit Mehreren (z. B. Henke, s. oben Anm. 39 u. 48) so: entweder der Handelnde befand sich in einem **error circa qualitatem et naturam mediorum**, d. h. er hatte seinen Sinn auf ein ganz unschädliches Mittel gerichtet, weil er es aus Einfalt für tauglich hielt, und dasselbe dem gemäß angewendet — dann kann er nicht gestraft werden, weil es an einem **damnum intellectuale** fehlt, weil das Vertrauen der Bürger auf den Schutz und die Sicherheit der Gesetze nicht erschüttert wird, indem jeder überzeugt sein kann, daß ein so schwachsinniges Individuum an seinem Aberglauben festhalten, oder wenigstens, wenn es auch davon zurückkäme, nicht den Muth haben werde, andere seinem Zwecke mehr entsprechende Mittel zu wählen; oder er irrte nur **circa mediorum applicationem**, d. h. er wählte taugliche Mittel, brachte aber in Folge einer Verwechselung untaugliche zur Anwendung — dann trete grade das Gegentheil von dem vorher Gesagten ein, und der Handelnde sei strafbar, jedoch in einem geringeren Grade, als wenn er sich tauglicher Mittel bedient hätte, theils weil **persuasio civium de vi legis psychologica non eodem modo minuta sit tali conatu ac si v. g. verum venenum fuisset adhibitum**, und die Unwirksamkeit des gebrauchten Mittels immer noch manchen Zweifeln über die wahre Absicht des Thäters Raum gebe, theils weil selbst die Politik die gleiche Strafbarkeit widerrathe, indem es sonst dem Handelnden an einem

Digitized by Google

Motiv zum Abſtehen von ſeinem verbrecheriſchen Vorhaben fehlen würde. — Eine beſondere Widerlegung bedarf dieſe zum Theil ſo unbeſtimmt ausgedrückte, zum Theil mit ſich ſelbſt in Widerſpruch tretende Anſicht, nach dem, was wir bisher ausgeführt haben, um ſo weniger, als Alle damit einverſtanden ſind, daß dieſelben Gründe, welche für oder gegen die Strafbarkeit eines Verſuchs mit untauglichen Mitteln ſtreiten, auch für oder gegen die Strafbarkeit des Verſuchs an einem Objecte, deſſen Beſchaffenheit die Vollendung unmöglich macht, entſcheidend ſeien, daß alſo, wer ſich dort für die Strafbarkeit erklärt habe, hier nicht Strafloſigkeit behaupten dürfe, oder umgekehrt, ohne ſich der offenbarſten Inconſequenz ſchuldig zu machen. Es ſcheint, daß das ſo vage und ſchwankende Princip eines intellectuellen Schadens, von welchem Lelièvre überall ausgeht, ſich hier an ihm ſelbſt gerächt, und ſo den beſten Beweis geliefert habe, daß man damit überall nicht auskommen könne.

In Anſehung Roßhirt's endlich kann man nur bedauern, daß es ihm nicht gefallen hat, ſich etwas ausführlicher und mit mehr Beſtimmtheit über unſere Streitfrage zu verbreiten. Schon früher haben wir ſeiner mehrmals Erwähnung gethan, jedoch dort jedes nähere Eingehen auf ſeine Anſicht aus dem Grunde von der Hand gewieſen, weil er ſich dabei faſt ausſchließlich von den Ausſprüchen und Andeutungen des poſitiven Rechtes leiten ließ, deren Erörterung wir einen ſpätern Platz angewieſen hatten. Nun bildet zwar auch in ſeiner neueſten (Anmerk. 150 cit.) „Abhandlung über den gegenwärtigen Zuſtand des Criminalrechts" wiederum der Art. 178

Digitized by Google

der **Carolina** die Basis, von welcher er ausgeht, allein er verbreitet sich hier zugleich in einem etwas allgemeiner gehaltenen Raisonnement über das Verhältniß der Mittel bei verbrecherischen Unternehmungen und über deren Einfluß auf die Strafbarkeit. Nachdem er nämlich, wie schon in seinen Bemerkungen über die neuesten Strafgesetz-Entwürfe in Baiern [154]), den von Vielen gemachten Unterschied zwischen den **in abstracto** und **in concreto** undienlichen Mitteln als eben so wenig principfest, wie es die Eintheilung der Verwundungen in allgemein tödtliche und **in concreto** lethale sei, verworfen, erklärt er für die Hauptfragen, auf deren Ermittelung Alles ankomme, die: welche concrete Mittel der Uebelthäter für seinen concreten Zweck gebraucht habe, und warum der Erfolg ausgeblieben sei? Entweder nämlich das Mittel war ein rechtes, d. h. zur Erreichung des Entzweckes überhaupt geschicktes, der Gebrauch desselben führte aber wider Erwarten, wegen irgend eines die Thätigkeit des Handelnden hemmenden oder ablenkenden Ereignisses, nicht zum Erfolg: dann falle die Handlung auch unter den Begriff des strafbaren Versuchs; oder das angewendete Mittel konnte **in concreto** gar keinen Erfolg haben: dann komme wieder Alles auf das, warum? an. Denn ergebe sich, daß die Verhinderung des Erfolgs durch andere Mittel wider des Thäters Willen vereitelt (? herbeigeführt) werden, wie z. B. wenn Jemand in nächtlicher Finsterniß mehrere Schüsse in ein Bett gethan, aus welchem der Bedrohte nur erst entflohen war, so sei er strafbar; da

154) Abhandlungen civilist. u. criminalist. Inhalts B. I. p. 292.

Digitized by Google

hingegen, wo es zur Vereitelung des Erfolgs eines Gegenmittels gar nicht bedurfte, z. B. wenn dem Duellanten ein nur mit Pulver, nicht aber scharf geladenes Pistol vom Secundanten gereicht wurde, müsse Strafloſigkeit eintreten.

Wir haben diese Stelle, in welcher sich der Verfasser sofort wieder erkennen wird, weil seine eignen Worte möglichst beibehalten sind, wiederholt gelesen, um uns ganz mit dem Sinn derselben vertraut zu machen, und so jedem Mißverständnisse vorzubeugen. Die erste Bemerkung, welche sich uns dabei aufdrängte, war die, daß hier ähnlich, wie bei Bauer, überall nur von der Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Mittel ausgegangen wird, diejenigen Fälle also, in welchen das verbrecherische Vorhaben nach unsrer Unterscheidung an der Beschaffenheit des Gegenstandes scheiterte, gar nicht besonders hervorgehoben sind. Was gegen diese Form der Darstellung von Seiten der Logik zu erinnern sein dürfte, haben wir schon früher [155]) zu bemerken Gelegenheit gehabt. Der Sache nach aber würde nun die Streitfrage so zu stehen kommen: entweder

1) das gebrauchte Mittel konnte Erfolg haben, weil es ein taugliches, wenn auch außergewöhnliches war, z. B. versuchte Tödtung mittelst eines großen Schlüssels; dann unterliegt die Strafbarkeit gar keinem Zweifel, — oder

2) es konnte in concreto keinen Erfolg haben, und zwar

a) weil der letztere durch andere Mittel wider des Thäters

155) S. oben Anmerk. 108 und jetzt auch Zachariä a. a. O. p. 233, Note 2.

Digitized by Google

Willen vereitelt wurde; dann tritt ebenfalls Strafbarkeit ein — oder

b) weil ein Gegenmittel gar nicht nöthig war; dann ist der Handelnde straflos.

Nun fragen wir, wenn Jemand Gift beibrachte, welches durch die Art der Mischung unschädlich geworden, hat er sich eines strafbaren Versuchs schuldig gemacht? Gewiß muß Roßhirt dies verneinen, denn eines Gegenmittels, um den Erfolg abzuwenden, bedurfte es hier eben so wenig, als wenn Jemand ein nur mit Pulver geladenes Gewahr auf seinen Gegner abfeuert, und gleichwohl hat er selbst in Beziehung auf jenen Fall, welchen er früher [156]) allerdings für straflos hielt, seine Meinung nachmals geändert, indem er ihn in der Anmerk. 154 angeführten Abhandlung als ein gefährliches Experiment dem criminellen Versuche beigezählt wissen will. — Doch eines Gegenmittels bedarf es ja da auch nicht, wenn zwar wirkliches Gift, aber in so geringer, durch die Mischung so verdünnter Gabe beigebracht wurde, daß es entweder überhaupt, oder doch für den Bedrohten, dessen kräftige Constitution einen heroischeren Angriff verlangte, unschädlich vorübergehen mußte. Und wo wäre ein Gegenmittel entbehrlicher, als wenn der Dieb da einstieg, wo es für ihn nichts zu stehlen gab, oder wenn Jemand in einer solchen Entfernung auf seinen Gegner schoß, daß diesen die Kugel nicht erreichen konnte, oder wenn eine Nichtschwangere ein wirkliches, oder eine wirklich Schwangere ein nur vermeintliches Abortivmittel nahm? — Anfänglich waren wir sehr geneigt,

156) Entwickelung der Grundsätze u. s. w. p. 311.

Digitized by Google

jener neuen Unterscheidung Roßhirt's die Deutung zu geben, daß er nach dem sub lit. a) aufgestellten Grundsatze alle diejenigen Fälle beurtheilt wissen wolle, wo das verbrecherische Vorhaben bei vollkommener Tauglichkeit des gebrauchten Mittels durch die Ungeeignetheit des Gegenstandes vereitelt wurde, während dann unter lit. b) diejenigen Fälle zu subsumiren wären, wo der Grund des Ausbleibens des Erfolges in der Beschaffenheit der Mittel lag; so daß demnach im Resultate eine vollkommene Uebereinstimmung mit Jordan vorhanden wäre. Und in der That unterliegt es auch keinem Zweifel, daß dienigen Versuchshandlungen, welche wegen Untauglichkeit des gebrauchten Mittels erfolglos blieben, nach Roßhirt nicht gestraft werden können, weil bei ihnen ein Entgegenwirken durch andere Mittel durchaus unnöthig ist. Allein, wie schon aus den vorher angeführten Beispielen hervorgeht, dieser Grund ist weitergreifend, er entscheidet auch über andere nicht zu dieser Classe gehörige Fälle, und läßt überhaupt nur da Strafbarkeit zu, wo nicht blos ein dienliches Mittel gewählt, sondern auch wirklich zur Anwendung gebracht wurde gegen ein Object, an welchem die Verübung des Verbrechens an sich möglich, wenn gleich in concreto, wegen irgend eines von außen her entgegenwirkenden Hindernisses, nicht ausführbar war. Daher z. B. die Unstraflichkeit des Mordversuchs an einem für schlafend gehaltenen Leichnam, während die nämliche Handlung gegen einen Lebenden, wenn gleich unter Umständen gerichtet, wo dieser gegen den tödtlichen Streich vollkommen gesichert war, zu dem strafbaren Versuche gehört.

Digitized by Google

Man sieht also leicht, daß die Art und Weise, wie Roßhirt unterscheidet, welche, da sie nicht sofort durch sich selbst gerechtfertigt erscheint, wohl einer festern Begründung bedurft hätte, zwar der Form nach als neu sich darstellt, der Sache selbst und dem Resultate nach aber doch wieder zu derjenigen Ansicht zurückführt, deren Widerlegung wir als den Hauptgegenstand unsrer bisherigen Arbeit betrachten können. Dazu kommt noch, daß er einestheils der Feuerbach'schen Theorie der Straflosigkeit der sogenannten untauglichen Versuchshandlungen eine Ausdehnung gegeben hat, wie sie selbst bei denjenigen, welche mit ihm in der Hauptsache einverstanden sind, kaum Beistimmung finden dürfte, und daß anderntheils seine Kategorien, ungeachtet ihrer scheinbaren Allgemeinheit, am Ende doch nicht einmal ausreichen, um jedes verbrecherische Unternehmen, über dessen Strafbarkeit aus dem Gesichtspunkte des Versuchs Zweifel erhoben werden können, ohne Zwang darin aufzunehmen [157]).

157) So z. B. wenn Jemand nach seinem Wissen und Wollen einen Meineid geleistet hat, hinterher aber sich ergiebt, daß eben das, was er als wahr fälschlich beschworen zu haben glaubte, auch wirklich die Wahrheit sei; oder wenn Jemand seine eigene Sache aus Irrthum entwendete, oder wenn die Frau im Begriff, ihrem Manne die eheliche Treue zu brechen, anstatt des erwarteten Liebhabers, jenen, ohne ihren Irrthum zu entdecken, umarmt: so weiß man nicht recht, ob man sagen soll, dergleichen Handlungen seien strafbar, weil der Erfolg wider des Thäters Willen durch andere Mittel verhindert werden, oder sie seien straflos, weil es zur Abwendung des Erfolgs keines Gegenmittels bedurfte.

Digitized by Google

Positives Recht.

§. 10.

1) Römisches Recht.

Von allen bisher genannten Schriftstellern haben bei weitem die wenigsten es der Mühe lohnend geachtet, bei der Gelegenheit, wo sie unsere Streitfrage berühren, auf das Römische Recht zurückzugehen, und etwa nachzuweisen, ob und wie weit die von ihnen gebilligte Ansicht in den Aussprüchen der Römischen Juristen eine Bestätigung finde, oder nicht. Namentlich gilt dies von den Verfassern der Lehr- und Handbücher des Criminalrechts fast ohne Ausnahme. Der Grund hiervon ist nicht schwer aufzufinden. Theils nämlich giebt es in der That nur einige wenige Stellen im **Corpus juris**, aus welchen sich eine Beziehung auf unsern Gegenstand entnehmen läßt, theils aber glaubte man sich wohl eines Zurückgehens auf das fremde Recht um so eher enthalten zu können, als gerade der Art. 178 der Peinl. Gerichtsordnung, indem er zum strafbaren Versuche Mittel, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen, verlangt, eine anscheinend so bestimmte, jeden Zweifel beseitigende Vorschrift darbietet. Nur wenige machen hiervon eine Ausnahme, und zu diesen gehören zuvörderst die Verfasser der beiden bekannten Preisschriften „über den Versuch," Cropp und Lelièvre, wenn schon es bei dem Erstern [158]) den Anschein gewinnt, er habe seine

158) Cropp de conatu del. p. 37—44.

vorgefaßte, oben §. 4 mitgetheilte Ansicht vielmehr in das Römische Recht hineingetragen, als ihre Bestätigung durch dasselbe nachgewiesen. Denn warum er namentlich den Versuch mit untauglichen Mitteln in den Fällen, wo er dessen Strafbarkeit nach allgemeinen Gründen annehmen zu können glaubte, auch nach den Grundsätzen des Römischen Rechts (wenigstens bei **delictis gravioribus**) für strafbar erklärt, darüber fehlt es bei ihm an einer nähern Rechtfertigung gänzlich; und mit nicht weniger Willkühr verfährt er bei denjenigen Unternehmungen, welche wegen Ungeeignetheit des Gegenstandes des beabsichtigten verbrecherischen Erfolgs entbehrten, indem er hier für den einen Fall (versuchten Ehebruch) Straflosigkeit behauptet, unter Berufung auf **L. 6. pr. D. de lege Corn. de falsis** (48. 10.), während er den andern (versuchte Tödtung) für strafbar erklärt, und die scheinbar entgegenstehende **L. 22. §. 4. D. ead.** durch die Bemerkung beseitigt, das **falsum** gehöre nicht (wie das **homicidium**) zu den **gravioribus delictis**.

Lelièvre [159]) hingegen ist der Meinung, man müsse bei der Frage über die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln zuvörderst zwei Classen von Criminalgesetzen unterscheiden, einmal nämlich solche, in welchen die Handlungen, die als **conatus** gestraft werden sollen, genau charakterisirt seien, und sodann solche, welche blos die generelle Vorschrift enthielten, daß der **conatus** dem **effectus** gleich gestraft oder **dolus pro facto** geachtet werden solle. Unter die Gesetze der

159) In der öfter angef. **Commentatio** über den **conatus delinqu.** p. 117—21.

erſtern Claſſe könne man natürlich nur ſolche Verſuchshandlungen ſubſumiren, welche ganz dieſelben Merkmale enthielten, wie ſie im Geſetze namhaft gemacht ſeien; die Geſetze der zweiten Art aber, welchen zu Folge es hinreiche, daß Jemand ſeinen verbrecheriſchen Willen nur überhaupt durch äußere Handlungen manifeſtirt habe, wüßten nichts von dem Unterſchiede zwiſchen tauglichen und untauglichen Mitteln, und deshalb könne man demſelben bei der Frage über die Strafbarkeit dieſer oder jener Handlung auch keinen Einfluß geſtatten, wenn nicht das Geſetz ſelbſt in einem einzelnen Falle das Gegentheil beſtimmt habe, wie in L. 22. §. 4. D. 48. 10. geſchehen ſei. — Allein der Verfaſſer hat bei dieſer, vorzüglich gegen Cropp gerichteten Argumentation nur etwas, und zwar die Hauptſache, außer Acht gelaſſen. Er iſt nämlich den Beweis darüber ſchuldig geblieben, daß ſich im Römiſchen Rechte jene beiden von ihm angegebenen Arten von Criminalgeſetzen auch in der That vorfinden. Bei einer nähern Prüfung dieſer Behauptung aber würde er bald zu der Ueberzeugung gelangt ſein, daß der ganze Unterſchied ein rein willkührlicher, von ihm blos gedachter und dem Römiſchen Rechte untergeſchobener ſei, indem gerade dieſelben **Leges**, in Beziehung auf welche es heißt: **dolus pro facto accipitur**, oder **eadem severitate voluntas sceleris, qua effectus, puniri debet**, ſtets auch genauere Angaben darüber enthalten, welche einzelne auf die Vollendung dieſes oder jenes Verbrechens gerichtete Handlungen [160]) **unter dem dolus**, unter der **voluntas sceleris** zu verſtehen

160) Denn daß die **nuda delinquendi voluntas**, das **solum consilium** nicht gemeint ſei, und der Natur der Sache nach nicht gemeint

seien [161]). Auch ist bei einer Volksgesetzgebung, und besonders bei der Römischen gar nicht denkbar, daß sich je eine lex mit einer solchen generellen Vorschrift über die Strafbarkeit auch schon des (in gewisser Form äußerlich gewordenen) verbrecherischen Willens begnügt habe, vielmehr sind dergleichen Aeußerungen ein erst durch wissenschaftliche Abstraction gewonnenes Resultat, zu welchem man bei der Interpretation des Gesetzes gelangte. — In Beziehung auf die zweite Classe von untauglichen Versuchshandlungen, welcher jedoch Lelièvre eine so allgemeine Ueberschrift gegeben hat, daß sie sich zugleich mit auf die vorhergehende erstreckt [162]), wollen wir hier nur als, wiewohl von ihm nicht ganz zweifellos hingestelltes Resultat bemerken, daß er sich für deren Unstrafflichkeit nach Römischem Rechte entscheidet. Er hat sich dabei auf die Analogie mehrer Stellen, namentlich aus den Digesten,

---

sein könne, sondern daß man jene Ausdrücke stets **assumto aliquo actu** verstehen müsse, unterliegt keinem Zweifel. S. **Cropp** l. c. p. 62. **Lelièvre** l. c. p. 45—57. **Sanio** Dissert. ad leg. Corn. de sicariis. Regiomont. 1827. p. 94.

161) S. z. B. **L. 7 D. ad Leg. Corn. de sic.** (48. 8.) vergl. mit **L. 1. pr. §. 1 u. 3. L. 3. pr. §. 1. eod. u. L. 7. u. 9. C. ad eand. Leg.** (9. 16.) ingl. **L. 5. pr. C. ad Leg. Jul. majest.** (9. 8.) vergl. mit **tot Tit. D. ad eand. L.** (48. 4.) — **L. 1. in f. D. de Lege Pomp. de parricid.** (48. 9.) — **L. 10. §. 1. D. ad leg. Jul. peculat.** (48. 13.) — **L. 1. C. Th. ad leg. Jul. de ambitu** (9. 26.).

162) Der §. 16. führt nämlich bei ihm die Ueberschrift: **de facto commisso ad efficiendam laesionem, quae ex rei natura evenire non potuit.** Der Natur der Sache nach kann aber auch bei demjenigen, der sich eines untauglichen Mittels bedient, die beabsichtigte Verletzung nicht eintreten.

Digitized by Google

geſtützt, auf welche näher einzugehen ſich weiter unter Gelegenheit darbieten wird.

Demnächſt hat noch Roßhirt [163]) es zwar für gewagt erklärt, ein allgemeines Entſcheidungsprincip für unſere Frage aus dem Römiſchen Rechte ableiten zu wollen, ſich aber doch nachmals [164]) dahin ausgeſprochen, daß die Römer, dem ethiſchen Princip huldigend, von dem Grundſatze ausgegangen ſeien, jede Strafe müſſe, wenn ſie nicht Product der Willkühr ſein ſolle, auf den in äußerer Handlung ſich offenbarenden rechtswidrigen Willen bezogen werden. Nach dieſem Grundſatze könne es nicht zweifelhaft ſein, daß, wer ein blos mit Pulver oder gar nicht geladenes Gewehr, in der Meinung, es ſei ſcharf geladen, auf Jemanden abdrücke, des Mordverſuchs ſchuldig ſei. Indeſſen könne man nicht annehmen, daß hiernach auch die Dummheit und der Unverſtand geſtraft werden ſolle, und das Todtbeten würde daher auch wohl von den Römern für keinen Verſuch angeſehen worden ſein [165]). Schwer zu entſcheiden aber ſei, wie ſie die Sache beim Irrthum (**error facti**) behandelt hätten, obgleich ihm ſcheine, daß ſie überall von der Gefährlichkeit der Handlung und nicht von der Gefährlichkeit der Perſon ausgegangen ſeien, und dem

163) Entwickelung der Grundſätze u. ſ. w. p. 309.

164) In ſeinen Abhandlungen B. I. p. 291.

165) S. auch Mittermaier im N. Arch. X. p. 546, welcher meint, die Römer, bei welchen die Lehre vom Thatbeſtande eine ganz andre Bedeutung gehabt habe, als bei uns Deutſchen, ſeien gewiß geſcheidt genug geweſen, es in einem ſolchen Falle gar nicht zur Anklage kommen zu laſſen, oder doch, wenn ſie eingetreten, das **absolvo** auszuſprechen.

Digitized by Google

gemäß z. B. auch denjenigen, welcher anstatt Gift Zucker beigebracht, nicht wegen Versuchs bestraft haben würden. — Da der Verfasser bei seinem diesfallsigen Raisonnement sich ganz im Allgemeinen gehalten und es nicht versucht hat, die eine oder andre Stelle aus den Quellen zur Unterstützung seiner Ansicht anzuführen — vielleicht weil ihn derartige Versuche einiger Vorgänger von der Unfruchtbarkeit eines solchen Unternehmens überzeugt hatten — so sei es erlaubt, dieselbe Methode bei unseren Erwiederungen zu befolgen. Wir stimmen ihm gern bei, und er dürfte schwerlich auch nur einen Gegner finden, wenn er meint, daß im Römischen Strafrechte, entgegen dem Fatalismus des altgermanischen, das ethische Princip, der subjective Gesichtspunkt, der vorherrschende sei; obschon dies natürlich wieder nur von derjenigen Zeit gesagt werden kann, wo sich in der Römischen Gesetzgebung und namentlich in der Criminallegislation eine, im Vergleich zu den nächst vorhergehenden Jahrhunderten so auffallende, wenn gleich durch die politischen Zustände hinlänglich erklärte Thätigkeit entwickelte. Denn erst in den Gesetzen Sulla's tritt dieses vorzugsweise Berücksichtigen des verbrecherischen Willens entschieden hervor, und daß es in den ältesten Zeiten anders gewesen, und vielmehr umgekehrt, eben so wie im altgermanischen Strafrechte der entgegengesetzte objective Gesichtspunkt als der über Zulässigkeit und Größe der Strafe entscheidende betrachtet worden sei, ließe sich, auch bei gänzlichem Mangel an Quellenzeugnissen, gewissermaßen schon **a priori** deduciren [166]). Man kann ferner dem Verfasser auch zugestehen,

166) Man sehe übrigens, was diesen Punkt betrifft, jetzt die sehr

daß aus dieſem Princip die Strafbarkeit der abſoluten Dummheit und Albernheit noch nicht mit Nothwendigkeit folge, wenn gleich die Römer ſelbſt das Todtbetenwollen nicht unbedingt hierher gerechnet haben würden, da ſie bei ihrem Glauben an Wirkſamkeit der **artis magicae** und an die Möglichkeit, durch Beſchwörung der Götter ihren Feinden Tod und Verderben zu bereiten, auch die Anwendung von Zaubermitteln, ſo wie

---

gelungene Ausführung in Luden's Abhandlungen aus dem gemeinen deutſchen Strafrechte p. 57 flg. des Göttingen 1836 erſchienenen 1ſten Bandes, welcher die Lehre vom Verſuche enthält. Nur ſcheint der Verfaſſer darin wohl zu weit zu gehen, wenn er in Beziehung auf das Zwölftafelgeſetz annehmen zu müſſen glaubt, daß in demſelben gar kein Unterſchied zwiſchen vorſätzlichen und fahrläſſigen Verletzungen anerkannt, und daß eine That lediglich nach ihrem äußern Erfolge, ohne Rückſicht darauf, ob ſie als Product des bewußten Willens erſchien oder nicht, gewürdigt worden ſei. Freilich läßt ſich aus dem zwiſchen **incendium dolosum** und **culposum** unterſcheidenden, aus **Gajus, lib. VI. ad leg. XII tabb.** entlehnten **fr. 6. D. 47. 9** das Gegentheil nicht darthun; allein nichts deſto weniger iſt es wohl kaum denkbar, daß der ſo einfache und ſo ſcharf hervortretende Unterſchied zwiſchen reinem **dolus** auf der einen und reiner **culpa** oder **casus** auf der andern Seite nicht auch die Decemvirn zu der Annahme einer Verſchiedenheit in der Beſtrafung ſollte veranlaßt haben, da ſie doch ſchon durch ein Geſetz des **Numa** über das **culposum homicidium** im Gegenſatze des **dolosum** (S. **Festus sub. v. parici** und **Servius ad Virg. Ecl. IV. 43.**) darauf hingeleitet werden mußten. Und zu welchem andern Zwecke, als um eine Verſchiedenheit der Beſtrafung darauf zu gründen, wäre wohl überhaupt der Unterſchied zwiſchen vorſätzlicher und fahrläſſiger Tödtung in dem Zwölftafelgeſetze gemacht worden? Daß dies aber geſchehen ſei, wiſſen wir jetzt beſtimmt, aus **Cic. pro Tullio §. 51. p. 63.** (der Ausg. von Beier, Leipzig 1825), eine Stelle, welche auch dem Verfaſſer, der ſich hierbei auf Dirkſen, Zwölftafelfragmente p. 615 flg. verlaſſen zu haben ſcheint, entgangen iſt.

Digitized by Google

jenigen beſtraften, **qui mala sacrificia fecerit, habuerit (in necem alterius)** [167]). Allein wenn er es nun weiterhin einerſeits als eine unzweifelhafte Conſequenz aus jenem Princip betrachtet, daß derjenige, welcher mit einem nur vermeintlich geladenen Piſtol auf ſeinen Gegner ſchießt, eines ſtrafbaren Verſuchs ſchuldig ſei, und gleichwohl andrerſeits in Beziehung auf das Darreichen eines blos für Gift gehaltenen Stoffes die entgegengeſetzte Entſcheidung, alſo Strafloſigkeit, für die richtige hält; ſo ſcheint darin ein nicht zu beſeitigender Widerſpruch enthalten zu ſein. Denn 1) trennt er beide Fälle ihrer ſubjectiven Beſchaffenheit nach dadurch, daß er nur in dem zweiten das Daſein eines factiſchen Irrthums annimmt; allein mit welchem Rechte, iſt ſchwer einzuſehen, denn in dieſem wie in jenem Falle wurde der Thäter von einer ſolchen Vorausſetzung in Anſehung der Beſchaffenheit ſeines Mittels geleitet, in Folge welcher er ſeinen Zweck verfehlen mußte. 2) Sollen beide Handlungen auch ihrer äußern Erſcheinung, ihrem Verhältniſſe zur Außenwelt nach, in ſo fern verſchieden ſein, daß nur bei der erſtern mit der ſubjectiven Gefährlichkeit zugleich eine objective concurrire, während bei der letztern ſich lediglich die Perſon als gefährlich darſtelle — eine Behauptung, in welcher ſich eine Betrachtungsweiſe kund giebt, wie man ſie am wenigſten von Roßhirt erwartet hätte. Denn hält man ſich bei Beurtheilung beider Fälle an das Concrete, worauf es nach des Verfaſſers anderweiten Aeußerungen allein ankommt; ſo wird man doch nicht

167) Tit. C. de maleficis 9. 18. L. 13. D. 48. 8. Paulus S. R. V. 23. 15 u. §. 15. J. 4. 18.

Digitized by Google

anders sagen können, als daß sie ihrem juristischen, strafrechtlichen Werthe (oder Unwerthe) nach einander ganz gleich stehen. Entweder man hält beide für gefährlich; und in der That, wer damit umgeht, einem Andern das Leben zu rauben, sei es nun durch Vergiftung oder auf andre Weise, dazu die nöthigen Vorbereitungen trifft, und sich nur bei Anwendung der zur Ausführung der That bestimmten Mittel vorgreift, dessen Beginnen ist immerhin gefährlich zu nennen, wenn es gleich nachher seine Gefährlichkeit zufällig wieder verliert. Oder man sieht nicht sowohl auf den ganzen Hergang, als vielmehr nur auf den Ausgang des Unternehmens, und hält so beide Handlungen für gleich ungefährlich, weil es eben so unmöglich ist, jemanden mit einem ungeladenen Gewehre zu erschießen, als ihn mit einer unschädlichen Substanz zu vergiften.

Doch wir wenden uns jetzt zu den beiden neuesten Bearbeitern der Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zachariä und Luden [168]). Beide Verfasser unterscheiden sich, was die Art der Darstellung anlangt, hauptsächlich dadurch, daß der Erstere seiner Schrift eine rein wissenschaftliche Anordnung, wie sie uns in den heutigen Systemen des Criminalrechts entgegentritt, zu geben versucht hat, und jede einzelne Frage erst nach allgemeinen philosophischen Principien prüft, bevor er darüber das positive Recht um sein Urtheil befragt, während Luden, jedes philosophische Raisonnement absichtlich von der Hand weisend, in der Anordnung und Ausführung die rein

168) In der Anmerk. 166 angef. Schrift.

Digitized by Google

hiſtoriſche Methode befolgt, und zuweilen in grade entgegengeſetzter Weiſe erſt aus den einzelnen durch genaue Erörterung des poſitiven Rechts gewonnenen Ergebniſſen allgemeiner Grundſätze abzuleiten bemüht iſt. In Beziehung auf das Römiſche Recht nun gelangen Beide zu dem nämlichen Reſultate, welches zuerſt Bynkershoek [169]) gegen Cujacius [170]) ausführte, und zu welchem ſich in neuerer Zeit wiederum gegen Cropp [171]) beſonders Lelièvre [172]) und Sanio [173]) bekannt haben, daß daſſelbe nämlich kein allgemeines formelles Geſetz über die Strafbarkeit des Verſuchs enthalte, ſondern die Handlungen ſelbſt namhaft mache, welche wir nach heutigem Sprachgebrauche Verſuche zu nennen pflegen, und daß überhaupt die in unſerer Wiſſenſchaft und Geſetzgebung ſo allgemein anerkannte techniſche Unterſcheidung zwiſchen Vollendung und Verſuch der Römiſchen Legislation und Jurisprudenz, und zwar auch der ſpätern ganz fremd geweſen ſei [174]). Auffallend aber iſt ihr gänzliches Auseinandergehen

169) **Observationes jur. Rom. III. 10.**

170) **Observatt. et emendatt. VIII. 22. XIX. 10.**

171) **Commentat. cit. p. 51 seq.**

172) **Commentat. cit. p. 65 seq.**

173) **Dissert. ad Leg. Corn. de sic. p. 86 seq.**

174) Zachariä §. 75 flg. und Luden p. 10—31. — Beide Verfaſſer beruhigen ſich natürlich nicht bei den Gründen ihrer Vorgänger, ſondern liefern ſelbſt eine ſehr detaillirte Recenſion der einzelnen Verbrechen, und weiſen mit einem tiefes Quellenſtudium bekundenden Fleiße in unübertroffener Vollſtändigkeit nach, wiefern im Römiſchen Rechte auch Verſuchshandlungen beſtraft wurden, ſei es nun, daß ſie in dem die vollendete That bedrohenden Geſetze zugleich mit genannt waren, wie das **ambulare cum telo**, das **venenum facere, vendere,**

in Beziehung auf unſere Frage. Während es nämlich nach Zachariä [175]) nicht dem mindeſten Zweifel unterliegt, daß untaugliche Verſuchshandlungen jeglicher Art auch nach Römiſchem Rechte keinerlei Strafe unterliegen, iſt Luden [176]) der Meinung, daß weder auf die Tauglichkeit der Mittel, noch auf die Beſchaffenheit des Gegenſtandes der Verletzung etwas angekommen ſei, wenn nur außerdem die Handlung ſo beſchaffen geweſen, daß aus ihr auf die verbrecheriſche Abſicht mit Sicherheit geſchloſſen werden konnte, denn in dieſer durch die Handlung zu erkennen gegebenen Abſicht, das Verbrechen zu vollenden, liege der Grund der Strafbarkeit des Verſuchs. Auch laſſe ſich hiermit die Anſicht Anderer, welche den Grund der Strafbarkeit in der Geſetzesübertretung finden wollten, ſehr wohl vereinigen; denn daß eine Handlung, welche noch keinen rechtsverletzenden Erfolg hatte, als Geſetzesübertretung erſcheine, davon liege eben der Grund lediglich darin, daß ſie in rechtsverletzender Abſicht unternommen worden war. Nur ſolche Unternehmungen, zu deren Ausführung der Verbrecher abſolut untaugliche Mittel

---

habere hominis occidendi causa in der **Lex Cornelia**, oder daß ſie ungeachtet des fehlenden Erfolgs unter eines der Aushülfsdelicte ſubſumirt, und ſo als **injuria** oder **crimen vis** behandelt, wie das Betreten eines Hauſes in diebiſcher Abſicht, und die verſuchte Nothzucht u. ſ. w.; oder endlich als ſelbſtſtändige Delicte **extra ordinem** beſtraft wurden, wie der verſuchte Ehebruch als **sollicitatio alienarum nuptiarum**, der verſuchte Diebſtahl durch Einbruch und Einſteigen als **effractio** und Directariat.

175) a. a. O. §. 133—135.

176) a. a. O. p. 279—292.

Digitized by Google

in dem einfältigen Glauben an ihre Wirksamkeit gewählt und auch angewendet habe, seien gewiß auch nach Römischem Rechte straflos geblieben, denn überall in Römischen Beweissystemen sei der **dolus malus ex re**, d. h. aus der ganzen Sachlage und aus der Art und Weise der begangenen Handlung erkannt und für bewiesen erachtet worden; aus Handlungen der letzteren Art habe sich aber kein Beweis für den **dolus** des Verbrechens entnehmen lassen. Wer also

1) — was die wegen zweckwidriger Beschaffenheit der Mittel erfolglos gebliebenen Unternehmungen anlangt — taugliche Mittel im Sinne, auch wohl schon angeschafft hatte, aber in Folge einer Verwechselung untaugliche anwendete, war strafbar. So z. B. sei des Versuchs der Tödtung schuldig gewesen, **qui hominis necandi causa venenum habuerit.** Habe nun Jemand statt Gift aus Versehen Zucker oder eine andre unschädliche Substanz beigebracht, so lasse sich dessen Strafbarkeit **ex lege Cornelia** nicht wohl bezweifeln, sobald ein Ankläger aufgetreten sei. Denn da, wer die Absicht habe, zu vergiften, nothwendig auch die Absicht haben müsse, eine wirklich giftige Substanz einzugeben, und da wiederum bei jedem, der absichtlich eine giftige Substanz eingebe, auf jene Absicht geschlossen werden müsse; so könne bei dem, welcher eine nicht giftige Substanz eingegeben, nur alsdann auf tödtliche Absicht geschlossen werden, wenn er eine wirklich giftige Substanz habe eingeben *wollen*, aber aus Irrthum eine andre unschädliche wirklich *eingegeben habe*. Dies ergebe sich auch aus **L. 3. §. 2. D. 48. 8.**, denn hiernach sei nicht die materielle Beschaffenheit der Substanz, sondern die Absicht, in

Digitized by Google

welcher dieſelbe bereitet und gebraucht worden, für die ſtrafrechtliche Beurtheilung von Bedeutung. — Allein nehmen wir einmal dieſen letzteren Satz mit dem Verfaſſer als ausgemacht an, mit welchem Rechte bleibt dann gleichwohl derjenige ungeſtraft, der aus Dummheit (nicht in Folge einer Verwechſelung) ein abſolut untaugliches Mittel wählte und anwendete? Die Untauglichkeit des Mittels kann ihn nicht befreien, denn die materielle Beſchaffenheit der Subſtanz iſt ja ohne Einfluß auf die ſtrafrechtliche Beurtheilung; und der **dolus?** — freilich auf dieſen, meint Luden, könne aus einer ſolchen Handlung nicht geſchloſſen werden; allein es iſt ja nicht blos das Mittel *), ſondern der ganze Hergang der Sache, die Handlung mit allen ihr voraufgehenden, ſie begleitenden und nachfolgenden Umſtänden, welche vom Richter als Erkennungsgründe des **dolus** benutzt werden, und warum ſollte nun nicht aus des Thäters bisherigen Verhältniſſen zu dem Bedrohten, aus ſeiner notoriſch feindſeligen Geſinnung gegen denſelben, aus der Art und Weiſe, wie er die Anwendung des wenn gleich untauglichen Mittels vorbereitete, aus deſſen mit gefährlicher Verdächtigkeit bewerkſtelligten Anwendung ſelbſt, und aus ſeinem, des Thäters nachmaligen, ein Schuldbewußtſein verrathenden, Betragen, ein eben ſo bündiger Schluß auf das Daſein das **animus delinquendi** gezogen werden können, als in dem Falle, wo in Folge einer Verwechſelung, ein untaugliches ſtatt des gewählten zweckdien-

*) Wer Gift bei ſich führt, wurde nicht ſchon des bloßen Beſitzes wegen **legis Cornelia reus**, ſondern erſt dann, wenn ſich ergab, daß er es **hominis necandi causa** gehabt. L. 3. pr. §. 2. D. 48. 8.

Digitized by Google

lichen Mittels angewendet worden war [177]). Dazu kommt, daß zur Ausmittelung der Frage, quo animo Jemand gehandelt habe, immer auch des Thäters eigne Erklärung benutzt werden muß, und gesetzt nun, er legt, noch unbekannt mit der Erfolglosigkeit seines Schrittes, das Bekenntniß ab, daß er durch die unter das Getränk seines Feindes gemischte Substanz den letzteren habe tödten wollen, so wird auch Luden bei seiner Auslegung der L. 3. §. 2. D. 48. 8. nicht umhin können, die Strafbarkeit dieses Unternehmens nach der Lex Cornelia anzuerkennen. Eine andre Frage ist freilich die, ob der Sinn, welchen Luden in dieser aus Marcianu's Institutionen entlehnten Digestenstelle findet, auch wirklich darin liege? und dies scheint bei einer unbefangenen Betrachtung derselben geleugnet werden zu müssen. Der Jurist spricht sich hier, wie auch Gajus in der L. 236. D. 50. 16. über die Bedeutung des Wortes venenum aus und bemerkt, daß dasselbe (gleich dem Griechischen φάρμακον) ein vocabulum medium sei, indem darunter allerhand Medicamente, sowohl heilsame, als auch schädliche, Tod bringende, aber auch sogenannte Liebestränke verstanden würden. Indeß, fügt Marcian hinzu: „hoc solum notatur in ea lege (Cornelia), quod (quis)

177) Ueberhaupt heißt es wohl, der unmittelbaren Beurtheilung des Richters, welcher hierbei so Vieles überlassen werden muß, vorgreifen, wenn man in Beziehung auf eine gewisse Classe von Handlungen a priori die Behauptung aufstellt, sie seien so beschaffen, daß der ihnen zum Grunde liegende animus nie bewiesen werden könne; vielmehr ist dies nur Sache der Erfahrung, d. h. der geführten Untersuchung, und die Schwierigkeit des Beweises in concreto entscheidet doch nicht über die Rechtmäßigkeit der Strafe in abstracto.

Digitized by Google

hominis necandi causa habet.“ Und dies sind nun die fraglichen Worte, welche nach Luden beweisen sollen, daß die **Lex Cornelia** unter **venenum** jedwede Substanz verstanden habe, sobald sie nur **hominis necandi causa** gebraucht worden sei, und daß also, wer wirkliches Gift in guter Absicht reichte, straflos bleiben, während derjenige, welcher eine unschädliche Substanz in der Absicht zu tödten eingab, der Strafe des Gesetzes verfallen mußte. Allein man darf die Stelle nur in ihrem Zusammenhange, in Verbindung mit den §§. 1. und 3. lesen, so erhellt mit Gewißheit, daß weder das **venenum facere, vendere (emere** [178]**), habere, dare)** allein

---

178) Sehr scharfsinnig sucht Luden a. a. O. p. 116 flg. nachzuweisen, daß die Ausdrücke **venenum facere, vendere, habere hom. occid. causa** nicht wörtlich zu nehmen, sondern nur von denjenigen Fällen zu verstehen seien, wo das Giftbeibringen bereits versucht, aber mißlungen war. Denn derjenige, der etwa auf seinem Zimmer Gift bereitete, oder dergleichen in seinem Schranke bewahrte, sei gar nicht in den Fall gekommen, nach seiner Absicht gefragt zu werden, weil er nicht ohne nähere, den **animus occidendi** bekundende Anzeigen habe angeklagt werden können. Eben so verhalte es sich mit demjenigen, der Gift nur erst gekauft habe, und gewiß aus diesem Grunde habe die **Lex Cornelia** den Fall, **si quis emerit venenum hom. occid. c.** absichtlich unerwähnt gelassen. Wenn man nun aber dem Verfasser auch zugeben kann, daß nach der Natur des accusatorischen Processes, wenigstens in der Regel, erst weitere mit der Haupthandlung in naher Verbindung stehende Schritte eine Anklage veranlaßten; so beruht doch die dem **Sulla** zugemuthete Absichtlichkeit bei dem Nichterwähnen des **emere venenum** auf einem Irrthum; denn **Cicero pro Cluentio c. 54.**, wo er den Inhalt des **cap. 5. der L. Cornelia** referirt, führt als Gesetzesworte ausdrücklich an: **quicunque fecerit, vendiderit, emerit, habuerit, dederit.** — Und was hindert denn, den **emtor** nun unter derselben Beschränkung für straffällig zu halten, unter welcher es nach

Digitized by Google

hinreichte, um Jemanden ex lege Cornelia anzuklagen, noch auch allein den animus interficiendi ohne ein malum venenum, ſondern es mußte beides zuſammentreffen, es mußte wirkliches Gift, alſo nicht venenum überhaupt, ſondern malum venenum, und zwar in der Abſicht zu tödten, gebraucht worden ſein. Die Lex Cornelia verlangte nämlich ausdrücklich ein malum venenum, wie ſich theils aus den Anfangsworten der L. 3. 5. 1. D. cit. [179]), theils und hauptſächlich aus Cicero pro Cluent. c. 54 [180]) ergiebt, und daher nahm Marcian die Veranlaſſung, ſich über die doppelte Bedeutung des Wortes venenum und die Nothwendigkeit des Beiſatzes malum, ſobald wirkliches Gift gemeint ſei, auszuſprechen. Zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten ſcheint ſich aber entweder der Sprachgebrauch ſchon dahin fixirt zu haben, daß man unter venenum, im Gegenſatze von medicamentum (cf. L. 236. D. 50. 16) vorzugsweiſe Gift verſtand, oder man hielt wenigſtens, ſobald von der L. Cornelia de veneficis die Rede war, den Zuſatz malum um ſo mehr für überflüſſig, als ſchon die Worte hominis occidendi causa genugſam andeuteten, daß hier

---

Luden auch der venditor war, d. h. erſt nach mißlungenem Verſuche das gekaufte Gift beizubringen? — Der Umſtand aber, daß die Röm. Juriſten das emere oder emtum habere nicht beſonders erwähnen, hat wohl, abgeſehen davon, daß ſie überhaupt nur ſelten eine getreue buchſtäbliche Relation des Inhalts der Rechtsquellen liefern, noch darin ſeinen beſondern Grund, weil durch die Worte „qui venenum habuerit“ ohnehin ſchon jeder Beſitzer, alſo auch der emtor veneni bedroht war.

179) Adjectio autem ista veneni mali, ostendit esse quaedam et non mala venena.

180) Ita loquitur lex: qui venenum malum fecit, fecerit —

nur wirkliches Gift gemeint ſei [181]). Nun raiſonnirt aber Marcian in dem fraglichen Digeſtenfragment ſo: Die venena ſind entweder bona, quae ad sanandum, oder mala, quae ad occidendum parata sunt; es giebt aber auch eine dritte Claſſe, welche man wegen des Zweckes, zu welchem ſie angewendet zu werden pflegen, weder zu den bona, noch auch gradezu zu den mala venena rechnen kann, obwohl ſie auf den menſchlichen Organismus nachtheilig einwirken und ſelbſt den Tod herbeiführen können, und dahin gehörten die Liebestränke, die Abortivmittel, ſo wie die verſchiedenen im §. 3. der cit. L. 3. D. genannten Medicamente, welche größtentheils lustramenti causa, zur Erregung der Sinnlichkeit, gebraucht wurden. Von dieſen nun, meint der Juriſt, ſei in dem Corneliſchen Geſetze nicht die Rede, denn hoc solum notatur in ea lege, quod (quis) hominis necandi causa habet. Erſt durch ſpätere Senatsbeſchlüſſe wurden diejenigen, welche Anderen in frevelhaftem Leichtſinn dergleichen pellentia und stimulantia verabreichten, wegen der Gemeingefährlichkeit ihrer Handlung (quia res mali exempli est) für ſtrafbar erklärt und zum Theil mit der poena legis Corneliae belegt [182]).

Aus dieſer Interpretation des Marcianiſchen Fragments geht nun wohl ſo viel mit Beſtimmtheit hervor, daß derjenige, welcher eine ganz unſchädliche Subſtanz, wenn gleich

181) Daher iſt ſowohl in L. 1. §. 1. u. L. 3. pr. D. 48. 8., als im §. 5. J. 4. 18. und bei Paul. Sent. V. 25. 2. venenum ſchlechthin genannt.

182) L. 3. §. 1—3. D. h. t. L. 38. §. 5. D. 48. 19. Paulus Sent. V. 23. §. 14. — §. 5. J. 4. 18.

Digitized by Google

in der Absicht zu tödten eingegeben habe, weder ex lege Cornelia, noch ex SCto gestraft werden könnte.

Noch führt aber Luden einen anderen nach derselben Lex Cornelia zu beurtheilenden Fall an, welcher beweisen soll, daß die Römer den Versuch mit untauglichen Mitteln bestraften. Er meint nämlich, da das Gesetz denjenigen des Versuchs der Tödtung schuldig erklärte und strafte, qui hominis occid. c. cum telo ambulaverit, so sei ein ambulare ohne telum, wenn auch vielleicht geständiger Maaßen in der Absicht, um Jemanden zu tödten, nicht hinreichend gewesen zur Begründung einer Anklage ex lege Cornelia; dagegen sei die Handlung gewiß gestraft worden, wenn sich auch der Thäter mit dem telum an einem Orte auf die Lauer gestellt hatte, an welchem sein Gegner niemals vorbeikam, und von welchem aus er folglich sein Verbrechen niemals vollenden konnte. — So ganz wir mit dem Verfasser hierüber einverstanden sind, so wenig können wir doch darin einen Beweis dafür finden, daß ein Versuch mit untauglichen Mitteln gestraft worden sei. Das Gesetz verlangt als objective Merkmale ein ambulare und zwar cum telo, über den Ort, wo dies geschehen müsse, ob etwa in loco publico, ubi vulgo iter fit, oder an entlegener, von Menschen wenig besuchter Stätte, hatte es wohlweislich nichts bestimmt, weil man möglicher Weise Jeden an jedem Orte antreffen kann [183]). Gesetzt also, der Thäter

183) Nur insofern enthielt die Lex C. auch eine örtliche Beziehung, als sie ursprünglich auf die in Rom und innerhalb der ersten Meile um Rom verübten Verbrechen beschränkt war. Cf. Collat. I. 3. §. 1.

Digitized by Google

hatte ſich bewaffnet dahin begeben, wo ſein Gegner nie anzutreffen war — was ſich mit Beſtimmtheit gar nicht berechnen läßt — ſo konnte ihm doch dieſe in der Wahl des Ortes bewieſene Ungeſchicklichkeit, als ganz indifferent, durchaus nicht zur Entſchuldigung gereichen [184]), ſobald nur bewieſen wurde, daß er an dem Orte **necandi hominis causa** verweilt hätte. Etwas Anderes wäre es, wenn ſich nachweiſen ließe, daß man unter dem Worte **telum** auch das unſchädlichſte oder zweckwidrigſte Inſtrument verſtanden habe. Allein wie weit man auch dieſen Begriff in ſtrafrechtlicher Beziehung gefaßt hatte [185]) und ſo ſehr dadurch das Gebiet der Anwendbarkeit des Corneliſchen Geſetzes erweitert, und jeder möglichen Berufung auf Unangemeſſenheit des gewählten Mittels — welche der Thäter zur Widerlegung des ihm Schuld gegebenen **animus occidendi** benutzen konnte — vorgebeugt worden war; ſo wenig würde es doch einem Richter eingefallen ſein, denjenigen **ex lege Cornelia** zu verurtheilen, der z. B. mit einer dünnen Gerte **hominis occ. c. ambulaverat.**

Zur Strafbarkeit des Verſuchs gehört alſo nach Römiſchem Rechte im Allgemeinen auch Tauglichkeit des Mittels; indeſſen konnte doch die Anwendung eines zur Hervorbringung

---

184) Höchſtens war daraus ein Indicium gegen die Behauptung des Anklägers zu entnehmen, daß der Thäter grade dieſen Menſchen zu tödten die Abſicht gehabt habe.

185) **Paulus Sent. V. 3. 3. telorum autem appellatione omnia, ex quibus saluti hominis noceri possit, accipiuntur. Collat. I. 13. §. 2. L. 11. §. 1. D. 48. 6. L. 233. §. 2. D. 50. 16.: Ita sequitur, ut et lapis, et lignum et ferrum hoc nomine contineatur.**

Digitized by Google

des beabsichtigten Verbrechens nicht geeigneten Mittels dann gestraft werden, wenn die Versuchshandlung, abgesehen hiervon, sich unter eine andre strafrechtliche Bestimmung subsumiren ließ. So konnte namentlich, wer einen Angriff auf das Leben des Andern, aber ohne **telum**, gemacht hatte, zwar nicht **ex lege Corn. de sic.**, aber wohl **ex Lege Corn. de injuriis** oder **ex Lege Julia de vi** angeklagt werden; und wer seinen Gegner durch Gift aus dem Wege zu räumen versucht, aber kein **venenum malum** angewendet hatte, dessen Handlung blieb, wie wir vorher gesehen haben, immer noch strafbar, wenn er ein andres der Gesundheit nachtheiliges Medicament dargereicht hatte. Ja selbst das vorsätzliche Mischen einer an sich unschädlichen Substanz unter die Speisen oder den Trank eines Andern würde sich unter Umständen wenigstens als **injuria** haben verfolgen lassen; denn daß die zunächst auf etwas ganz Andres, als auf eine Ehrenverletzung gerichtete Absicht des Thäters dem nicht entgegenstand, ergiebt sich aus der bekannten subsidiären Natur, welche dieses Delict bei den Römern hatte [186]). — Uebereinstimmend hiermit ist im Ganzen auch Zachariä [187]), wenn er sagt, das allgemeine und auch über unsre Frage entscheidende Princip des Römischen Rechts sei, daß eine Handlung nur in

---

186) So konnte derjenige, der erweislich in diebischer Absicht ein fremdes Zimmer betreten hatte, **injuriarum** belangt, oder **de vi** angeklagt werden, je nachdem er sich hineingeschlichen, oder den Eintritt erzwungen hatte. **Paul. Sent. II. 31. §. 35. L. 21. §. 7. D. 47. 2. L. 23. D. 47. 10.**

187) a. a. O. p. 253 u. 254.

Digitized by Google

sofern bestraft werden könne, als sie wirklich ihrer äußeren Beschaffenheit nach sich unter das Gesetz subsumiren lasse, und daß es dem gemäß allen anerkannten Regeln über die Anwendung der Gesetze widersprochen haben würde, wenn man, ungeachtet genau angegeben sei, was unter telum und venenum zu verstehen sei, auch denjenigen z. B. der Strafe der L. Cornelia habe unterwerfen wollen, welcher zwar in tödtlicher Absicht, aber ohne ein telum oder ohne ein malum venenum gehandelt hatte [188]).

2) Sehen wir nunmehr, wie es Luden gelungen ist, die Strafbarkeit derjenigen Unternehmungen nach Römischem Rechte darzuthun, welche nicht wegen Untauglichkeit des Mittels, sondern wegen eines anderweiten, dem Thäter unbekannten, Mangels am Thatbestande unvollendet bleiben mußten. Auch hier, meint er [189]), sei es nur darauf angekommen, daß die Versuchshandlung deutlich für die verbrecherische Absicht gesprochen habe. Zur näheren Begründung aber beruft er sich vornehmlich auf zwei Stellen, von welchen die eine [190]) denjenigen, welcher eine fremde Sache zwar furandi animo, aber, wie er freilich nicht wußte, volente domino contractirt hatte, als Dieb bestraft, während die zweite [191]) es

188) Eine weitere Rechtfertigung der Anwendbarkeit seines Princips auf den Versuch mit untauglichen Mitteln findet sich bei Zachariä nicht, und ein specielles Eingehen auf die entgegenstehende Ansicht Luden's war nicht möglich, da beide Autoren gleichzeitig und unabhängig von einander schrieben.

189) a. a. O. p. 289—292.

190) L. 20. C. 6. 2.

191) L. 6. pr. D. 48. 10.

Digitized by Google

ebenfalls für ein strafbares Falsum erklärt, wenn Jemand in einem fremden, wenn gleich nichtigen, Testamente sich selbst etwas zugeschrieben hatte. Da hier nun in zwei Fällen, die noch dazu nicht zu den schwersten Verbrechen gehörten, der Versuch gestraft werde, ungeachtet der Erfolg ganz und gar nicht eintreten konnte, so sei gewiß auch, meint Luden, für die übrigen Verbrechen, namentlich für die schwereren, in diesem Falle Strafosigkeit nicht anzunehmen, und zwar um so weniger, als dieselbe von den Gesetzen nicht ausdrücklich für diesen Fall anerkannt sei, vielmehr die Worte der einzelnen Gesetze eben so gut auf den Fall paßten, da die Vollendung eintreten konnte, als auf den Fall, wo sie nicht eintreten konnte. Daher sei denn kein Grund vorhanden, aus welchem die Worte: **si quis hominis occidendi causa cum telo ambulaverit**, nicht auch auf den Fall sollten angewendet werden können, da der Mensch, auf dessen Tödtung es abgesehen gewesen war, ohne Wissen des Verbrechers bereits aus einer andern Ursache verstorben war; oder warum man keinen Versuch des Ehebruchs annehmen sollte, wenn der Ehemann noch vor der Vollendung des Verbrechens starb.

Was nun den ersten von den beiden obigen Fällen anbelangt, aus welchen Luden die so eben mitgetheilten Folgerungen ableiten zu können glaubt, so wissen wir theils aus Gajus's und Justinian's Institutionen [192]), theils aus einigen anderen Digestenfragmenten [193]), daß zwar nach der ein-

192) Gaj. III. 197. u. §. 7. J. 4. 1.

193) L. 46. §. 7. (Ulpian.) L. 76. pr. (Pompon.) D. 47. 2. L. 37. u. D. 41. 3. Auch Sabinus bei Gell. N. Att. XI. 18. qui alienam

stimmigen Meinung Aller die **contrectatio rei**, um als **furtum** betrachtet und bestraft werden zu können, von dem Diebe **furandi animo** und in der Ueberzeugung, **se invito domino hoc facere**, angenommen worden sein mußte; dagegen fand aber darüber eine Meinungsverschiedenheit unter den älteren Römischen Juristen Statt, ob nicht die wider Wissen des Diebes vorhandene Einwilligung des **dominus** in die Entwendung [194]) oder eine besondere, dem Diebe ebenfalls unbekannte Beschaffenheit des Gegenstandes, welche, hätte er darum gewußt, seine Handlung entweder zu einer erlaubten oder doch nicht **ex causa furti** strafbarer gemacht haben würde, den Begriff des Diebstahls aufhebe [195]). Einige (vielleicht die Schule des **Labeo**) waren hier der Ansicht, Alles hänge von dem **dolus** und von der, wenn gleich irrigen, Ueberzeugung des Contractirenden ab, daß er ein **furtum** begehe, und so hatte namentlich **Neratius** behauptet, auch an einer **hereditaria res** könne ein Diebstahl begangen werden, wenn nur der Dieb nicht wisse, **rem in ea causa esse.** Allein die Meinung der Gegner, **furtum non fieri, nisi sit, cui fiat**, daß mithin eine **res hereditaria** [196]) eben so we-

---

rem attrectavit, cum id se invito domino judicare deberet, furti tenetur.

194) **Gaj. III. 198. §. 8. J. 4. 1. L. 46. §. 8. (Ulp. ad Sabin.) L. 91. (Paul. ex Sab.) D. 47. 2.**

195) **L. 6. (Paul. ad Nerat). D. 47. 19. L. 68—70. (Marcellus) L. 43. §. 5, 6 u. 11. (Ulp. ad. Sabin.) D. 47. 2. L. 6. §. 6. (Paul. ad Sabin.) D. 25. 2.**

196) Ob übrigens der Grund hiervon wirklich in der mangelnden **possessio** lag, oder ob die behauptete Unmöglichkeit des **furtum**

Digitized by Google

nig, als eine **res nullius** oder **derelicta** [197]) Gegenstand des Diebstahls sein könne, und die **bloße existimatio surripientis**, die Sache gehöre wirklich Jemandem, hieran nichts zu ändern vermöge, behielt augenscheinlich die Oberhand. Größeren Zweifel hingegen scheint die Frage über den Einfluß der Einwilligung des Eigenthümers der gestohlenen Sache in die Entwendung unterworfen gewesen zu sein, wie sich schon daraus abnehmen läßt, daß **Tribonian** und seine Mitarbeiter hier nicht selbst zu entscheiden wagten, oder unter sich nicht einig werden konnten, sondern den Kaiser veranlaßten, diese Controverse durch eine Decision zu schlichten [198]). Bei einer nähern Betrachtung dieses Streites ergiebt sich jedoch, daß man nicht sowohl über die Frage: **was wirkt** die dem Diebe unbewußt vorhandene Einwilligung von Seiten des Eigenthümers? als vielmehr nur noch darüber uneinig war, **wann** eigentlich diese **voluntas domini** als vorhanden anzunehmen sei [199]). Daß nun aus dem bloßen Still-

---

an einer **res hereditaria** nicht vielmehr aus der alten **pro herede usu capio** zu erklären sei, dies näher zu untersuchen, würde uns zu weit von unserem Ziele entfernen.

197) Daß auch über den Begriff einer **res derelicta** und über die Möglichkeit eines Diebstahls an derselben gestritten wurde, geht aus **L. 48. §. 5. D. 47. 2.** hervor.

198) **§. 8. J. 4. 1. Et quum nobis super hac dubitatione suggestum est — nos per nostram decisionem sanximus etc.**

199) Zwar hatte **Pomponius** den Satz, daß die Ueberzeugung des Contractirenden von der Zustimmung des Eigenthümers den Begriff des Diebstahls aufhebe, in seinem ganzen Umfange auch **umgekehrt** geltend zu machen gesucht, so daß es also nur des **dolus**, des entgegengesetzten Glaubens, auf Seiten des Diebes bedürfe, um ein **furtum**

Digitized by Google

schweigen des Eigenthümers bei der Entwendung, und dem wissentlichen Geschehenlassen derselben noch kein gültiger Schluß auf die Einwilligung in die Entwendung selbst gemacht werden könne, und daß namentlich in dem Nichthindern der **contrectatio** noch kein Verzicht auf die Diebstahlsklage liege, hatte **Paulus** in einer größeren Ausdehnung noch, als schon vor ihm **Pomponius** gegen **Labeo** evident nachgewiesen [200]). Allein der ganze Streit scheint sich nur auf folgenden Fall concentrirt zu haben, der vielleicht von der einen Partei als Prüfstein aufgestellt worden war, an welchem die Meinung derjenigen, welche ein so großes Gewicht auf die **voluntas domini** legten, sich bewähren oder scheitern sollte: Es hatte nämlich Jemand einen fremden Sclaven zu verführen gesucht, daß er seinem Herrn Sachen entwende, und das

---

annehmen zu können, gleichviel übrigens, **sive falso id putet fur, sive vere. L. 46. §. 8. D. 47. 2.** Allein theils die Bestimmtheit, mit welcher ihm **Ulpian** widerspricht, theils die gar keinen Zweifel andeutenden Ausdrücke bei **Gaj. III. 198. init.** und bei **Justinian §. 8. init. J. cit.** („**dicitur furtum non fieri**"), so wie auch das gleich Folgende sprechen für die Richtigkeit des im Texte Gesagten.

200) **Labeo** hatte nämlich den Satz aufgestellt: **si quis cum sciret, quid sibi surripi, non prohibuit, non potest furti agere. L. penult. D. 47. 2.** Schon **Pomponius** machte aber, bei einer Gelegenheit, wo er sich über den Begriff des **manifestum furtum** aussprach, die Beschränkung, daß, wenn sich der Eigenthümer ruhig verhalte, aus Furcht, der Dieb möchte ihn tödten, wenn er sich der Entwendung widersetze, immerhin ein **furtum**, wenn gleich kein **manifestum**, begangen werde. **L. 7. §. 1. D. eod.**, und **Paulus** zeigte nachher durch Unterscheidung mehrerer Fälle, daß auch unter dieser Einschränkung die Behauptung des **Labeo** sich noch nicht rechtfertigen lasse. **L. penult. cit.**

Digitized by Google

gestohlene Gut ihm zubringe. Der Sclav widerstand aber der Versuchung, verrieth den ganzen Anschlag seinem Herrn, und wurde nun von diesem, der den Anstifter auf der That zu betreten wünschte, angewiesen, scheinbar in das Vorhaben des Diebes einzugehen und demselben die gewünschten Sachen zuzutragen. — Nun fragte sich: welche Klage ist hier gegen den Anstifter zulässig? — Daß es das **judicium de servo corrupto** nicht sei, darüber scheinen Alle bald einverstanden gewesen zu sein [201]); denn dazu gehörte ein wirkliches Verderben, ein Demoralisiren des Sclaven [202]), und eben daran fehlte es hier. So konnte denn nur noch darüber Zweifel obwalten, ob nicht wenigstens die **furti actio** begründet sei, und in Beziehung auf diese Frage gab es zwei Parteien. Die eine, zu welcher unter Anderen **Gajus** gehörte, glaubte auch hier noch mit ihrem Grundsatze, der Begriff des Diebstahls sei bedingt durch das Merkmal **invito domino**, durchgreifen zu können, und sprach deshalb den Anstifter frei von der **furti actio**, weil ihm ja der Sclav die Sachen mit Bewilligung seines Herrn zugebracht habe. Die andere Partei hingegen, zu welcher wir, außer **Neratius**, mit Bestimmtheit nur den **Pomponius** (wegen **L. 46. §. 8. D. 47. 2.**) rechnen können, meinte gewiß eben durch dieses Beispiel den Be-

201) Zwar könnte man wenigstens die Worte bei **Gaj. III. 198.** so verstehen, als ob auch in Beziehung auf die **actio de servo corrupto** Zweifel erregt worden seien, allein Justinian wenigstens sagt **§. 8. J. 4. 1.** ausdrücklich nur: **quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem praestantibus quibusdam furti tantummodo.** —

202) **L. 9. §. 3. L. 14. §. 5—8. D. 11. 3. L. 4. C. 6. 2.**

Digitized by Google

weis geführt zu haben, wie verkehrt es sei, überall da, wo eine **voluntas domini**, wenn auch nur äußerlich, vorliege, den Begriff des Diebstahls für aufgehoben zu halten [203]). Und in der That zeihet man wohl nicht mit Unrecht den **Gajus** und seine Anhänger in Beziehung auf den vorliegenden Fall einer gänzlichen Nichtachtung der eigentlichen, wahren Willensmeinung, eines Festhaltens an bloßen Worten, wenn sie behaupteten, die **furti actio** finde nicht Statt wegen der **voluntas domini**. Allerdings hatte der Herr dem Sclaven erlaubt, die Sachen dem **sollicitator** zuzubringen, allein hatte er denn dadurch in die Entwendung selbst gewilligt, und war dadurch der Dieb zu dem **animus rem sibi habendi** berechtigt worden? Es heißt ja ausdrücklich, der Herr habe das Wegtragen der Sachen nur zu dem Zwecke geschehen lassen, damit er den Anstifter auf der That ertappe, und ihn nunmehr mit der **manifesti furti actio** belangen könnte! Die List, der sich hier der Eigenthümer bediente, war doch gewiß ein **dolus bonus**, und kann unmöglich dem Diebe zur Entschuldigung gereichen.

Wir setzen den Fall, es weiß Jemand, daß er bestohlen wird, er läßt den Dieb ruhig ausräumen, und das an sich genommene Gut forttragen, schleicht ihm aber in Begleitung eines oder einiger zum Beistande bereit gehaltener Männer heimlich nach, und ergreift ihn an dem Orte, wo dieser sich seiner Bürde entledigte. Auch hier hatte der Eigenthümer in die Besitzergreifung und das Wegtragen der ge-

203) S. auch **L. 44. §. 1. D. 47. 2.**

Digitized by Google

ſtohlenen Sachen gewilligt, aber wer wollte wohl darin eine Einwilligung in die Entwendung ſelbſt und folgeweiſe einen Verzicht auf die furti actio finden? [204])

Wenn alſo Juſtinian bei Entſcheidung jener Streitfrage in L. 20. C. 6. 2. die furti actio für zuläſſig erklärte, ſo geſchah dies ganz der juris regulae gemäß, und wenn er gleichwohl ſelbſt hinzufügt: **licet secundum juris regulas furtum non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res ejus contrectat,** ſo kündigt er durch dieſen ſich ſelbſt gemachten Einwurf ſeine Entſcheidung ſchon hinlänglich als eine regelwidrige, ſingulaire, auf den ſpeciellen Fall zu beſchränkende an. — Aus dieſem Grunde können wir dann auch durchaus Luden nicht beiſtimmen, wenn er aus dieſer Conſtitution die Strafbarkeit auch desjenigen ableiten zu können glaubt, der eine fremde Sache diebiſch zu erfaſſen meinte, während er ſeine eigne ergriff, ſo wie desjenigen, der nicht durch eine Mittelsperſon (die allerdings an der Sache nichts ändert), ſondern in eigner Perſon die Entwendung vornahm, zu welcher aber, ihm unbewußt, der Eigenthümer ſeine Einwilligung ertheilt hatte. Denn der Satz, daß Begriff und Strafbarkeit des Diebſtahls bedingt ſei durch das Merkmal **invito domino**, hat Juſtinian

204) A. M. iſt Luden a. a. O. p. 190, weil Juſtinian in ſeiner Deciſion ausdrücklich ſage, **secundum juris regulas furtum quidem non est commissum**, und auch Zachariä a. a. O. p. 258, indem er meint, die älteren Römiſchen Juriſten (aber doch nur die eine Partei) hätten ganz richtig entſchieden, **neutro judicio eum teneri**; aus Juſtinian's entgegengeſetzter Entſcheidung laſſe ſich keine allgemeine Regel ableiten.

Digitized by Google

selbst nach seiner L. 20. C. cit. als Regel ausdrücklich anerkannt, wenn er im §. 8. J. 4. 1. sagt: **Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri** — zum sichern Beweis dafür, daß die nunmehr folgende entgegengesetzte Entscheidung (wenn man sie überhaupt als nicht conform den allgemeinen Rechtsprincipien betrachten will) in der Eigenthümlichkeit des mitgetheilten Falles ihren Grund hatte [205]), also nicht dazu benutzt werden kann, um nachzuweisen, daß der Diebstahl, und um so mehr jedes schwerere Verbrechen, nach Römischem Rechte stets auch dann gestraft worden sei, wenn dessen Vollendung wegen irgend eines wider Wissen des Thäters vorhandenen Mangels am Thatbestande unmöglich war.

Die zweite Stelle, auf welche sich Luden zu dem so eben angegebenen Zwecke beruft, war die L. 6. pr. D. 48. 10, in welcher **Africanus** sagt, daß Jeder, welcher gegen die Vorschrift das **SCtum Libonianum** in einem fremden Testa-

205) Schon in meiner **Dissertatio de del. per error. in pers. com.** p. 22. hatte ich die in der L. 20. C. cit. gegebene Entscheidung als eine singulaire, nicht ausdehnend zu erklärende, gegen Cropp zu rechtfertigen gesucht, welcher mit Hülfe derselben darthun will, daß zu Justinian's Zeit der Grundsatz **in maleficiis voluntas spectatur, non exitus** zur allgemeinen Regel erhoben, und dem gemäß auch bei Privatdelicten wenigstens der nächste Versuch bestraft worden sei. Gleichdenkend mit Cropp ist auch Welcker über Recht, Staat u. Strafe p. 559. Allein s. dagegen Wächter, Lehrb. des Strafrechts p. 53, Lelièvre de conatu p. 111 und besonders jetzt Zachariä a. a. O. p. 146 u. 147.

Digitized by Google

mente ſich ſelbſt ein Legat zuſchreibe, der Strafe der **Lex Cornelia (de falsis)** verfalle, ohne Unterſchied, ob das Teſtament nachher in Wirkſamkeit trete, oder ob dies wegen gleich Anfangs vorhandener oder ſpäter ſich ergebender Nullität nicht möglich ſei, ſobald der letzte Wille nur perfect ſei. Wenn dagegen die Teſtamentshandlung nicht vollzogen, das Teſtament nicht ſolenniſirt ſei, ſo müſſe man auch die Anwendbarkeit des SCts leugnen [206]).

Dieſes Fragment iſt um ſo bemerkungswerther, weil es, auffallend genug, ſchon zum Beweiſe des graden Gegentheils gedient hat. Während es nämlich Luden für ſeine Meinung in Anſpruch nimmt, glaubt insbeſondere auch Zachariä [207]), daß grade durch dieſe Stelle die Anſicht von der Strafloſigkeit der untauglichen Verſuchshandlungen beſtätigt werde. Allein wir meinen, daß in dieſem Fragment weder für die Strafbarkeit, noch auch für die Strafloſigkeit der untauglichen Verſuchshandlungen überhaupt, wohl aber dafür ein directer und ſchlagender Beweis enthalten ſei, daß die Entſcheidung über die Strafbarkeit einer Handlung vor Allem davon abgehangen habe, ob dieſelbe genau ſolche Merkmale an ſich trug, wie ſie das Geſetz verlangte,

---

206) Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena Legis Corneliae, quamvis mutile legatum sit: nam et cum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non jure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit; ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut SCto locus non sit. —

207) a. a. O. p. 255, und eben ſo ſchon Cropp, de conatu p. 40 u. 41, und Lelièvre de conatu p. 120 u. 121.

Digitized by Google

ſo daß dem gemäß eine Subſumtion des **factum** unter die Strafſanction möglich, oder ob dies nicht der Fall war.

Luden argumentirt nämlich ſo: da den Concipienten eines fremden Teſtaments, in welchem er ſich eigenhändig ein Vermächtniß zugeſchrieben hatte, auch dann die Strafe der **Lex Cornelia** treffen ſoll, wenn dieſes Teſtament aus materiellen Gründen null und nichtig, alſo der Erfolg, wegen deſſen möglichen oder wahrſcheinlichen Eintrittes die Strafe angedroht war, gar nicht eintreten konnte, ſo folgt daraus, daß die Conſummationsunmöglichkeit eines verbrecheriſchen Unternehmens deſſen Strafbarkeit nicht aufhebt. Zwar (fügt er noch hinzu) ſoll nach den Schlußworten der Stelle die Strafe nur dann eintreten, wenn das Teſtament unterzeichnet war; aber der Grund dieſer Beſchränkung liegt offenbar nicht darin, daß außerdem die Handlung keinen Erfolg haben konnte, ſondern lediglich darin, daß bis zu dem Momente der Unterzeichnung noch Zeit war zur **justa poenitentia.**

Es läßt ſich aber wohl bis zur Evidenz darthun, daß **Africanus** ſo wenig dieſen Sinn mit ſeinen Worten verband, als dadurch die entgegengeſetzte Schlußfolgerung **Cropp's** und **Lelièvre's** —: weil derjenige nicht geſtraft werden ſoll, welcher ſich in einem **imperfectum testamentum** etwas zugeſchrieben hat, ſo läßt ſich daraus abnehmen, daß unvollendbare Verſuchshandlungen bei den Römern überhaupt ſtraflos blieben — gerechtfertigt erſcheint; ſo wie wir denn auch überzeugt ſind, daß die genannten Verfaſſer zu dieſer Auslegung der **L. 6. D. cit.** wohl kaum gelangt wären, wenn ſie es

Digitized by Google

nicht verſchmäht hätten, die Stelle in ihrer ganzen Vollſtändigkeit zu leſen und zu benutzen. **Africanus** erläutert nämlich am Schluſſe der L. 6. D. cit. ſeine in der Anmerk. 206 mitgetheilten Worte ſelbſt noch folgendermaßen:

> **Prius enim oportet esse aliquod testamentum, vel non jure factum, ut SCto locus sit. Nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod, si adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte diceretur; similiter igitur et non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur.**

Nicht entfernt alſo ſucht der Juriſt die bei dem **sibi adscribere** in einem unvollendeten letzten Willen eintretende Strafloſigkeit etwa dadurch zu rechtfertigen, daß ja ohnehin die Handlung keinen Erfolg haben, der Concipient das Legat, als **inutile**, nie bekommen könne — und in ſofern ſtimmen wir vollkommen mit Luden überein —; denn wäre dies der Grund geweſen, ſo hätte er ja nothwendiger Weiſe auch den andern Fall, wenn ſich Jemand zwar in einem vollendeten, aber nicht zu Recht beſtändigen Teſtamente etwas zugeſchrieben hatte, eben ſo entſcheiden müſſen, weil ja auch das **testamentum non jure factum** ſeinem ganzen Inhalte nach ungültig iſt: und gleichwohl ſoll hier die Strafe der **Lex Cornelia** zur Anwendung kommen. Vielmehr iſt der Sinn ſeiner Worte folgender. Wer in einem Teſtamente ſich ſelbſt ein Legat zuſchreibt, hat zufolge des **SCtum Libonianum** die Strafe der **Lex Cornelia** verwirkt, wenn gleich das Vermächtniß an ſich ſchon, aus andern Gründen (z. B. weil

Digitized by Google

dem Schreibenden die **testamenti factio** fehlte), ungültig ſein ſollte; denn auch derjenige wird ja anerkannt beſtraft, der ſich in einem aus civilrechtlichen Gründen gleich Anfangs nichtigen oder doch in der Folge unwirkſam gewordenen letzten Willen etwas zugeſchrieben hat. Indeſſen iſt dies doch immer nur dann wahr, wenn ſich das Teſtament äußerlich als ein vollſtändig erklärbar, und bis zum Schlußact, d. h. bis zur **signatio testium**, gediehener letzter Wille darſtellt. Denn iſt dies nicht der Fall, ſo fällt die Handlung gar nicht unter das **SCtum**, — (aber nicht etwa deshalb, weil, wie Luden meint, bis zur **signatio** noch Zeit zu einer **justa poenitentia** geweſen wäre, ſondern) -- weil es ihr an einem weſentlichen Merkmale, nämlich an einem **testamentum**, fehlt. Denn auch wenn man von einem **falsum** oder **non jure factum testamentum** ſpricht, verſteht man darunter doch nur einen ſolchen letzten Willen, welcher, abgeſehen von der Fälſchung oder von dem Verſtoße gegen das Civilrecht, immerhin den Namen eines Teſtaments verdient; eine unvollendete letztwillige Dispoſition iſt aber gar kein **testamentum** in der eigentlich juriſtiſchen Bedeutung [208]), in welcher dieſes Wort in der **Lex Cornelia**, und in dem auf dieſe **Lex** Bezug nehmenden **SCtum Libonianum** genommen wird, und Handlungen, welche

208) S. auch L. 29. D. 28. 1; L. 11. §. 1. D. 32. u. §. 7. J. 2. 17: — **nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.** — In einer weitern und uneigentlichen Bedeutung wird das Wort **testamentum** allerdings gebraucht, wenn von der **apertura tabularum** und von der Zuläſſigkeit des **interdictum de tabb. exhib.** die Frage iſt. L. 2. §. 1. D. 29. 3. L. 1. §. 5. D. 43. 5.

Digitized by Google

ihrer sonstigen Beschaffenheit nach unter jene **Lex** oder dieses **SCtum** fallen würden, können daher auch, wenn sie gegen eine solche **imperfecta scriptura** gerichtet waren, gar nicht als Fälschungen betrachtet und bestraft werden [209]).

Das aus dieser Stelle sich ergebende Resultat wäre also dieses: Eine Handlung, welche ihrer concreten, dem Thäter unbekannten Beschaffenheit wegen den beabsichtigten Erfolg nicht haben konnte, wird bald gestraft, bald nicht. Gestraft wird sie, wenn sie jenes Mangels ungeachtet unter das Gesetz subsumirt werden kann, straflos hingegen bleibt sie, wenn ihre nothwendige Erfolglosigkeit zugleich in dem Mangel eines wesentlichen Merkmals ihren Grund hatte, so daß deshalb die Anwendung des Gesetzes auf sie unmöglich wird.

Bisher haben wir uns nur auf diejenigen Stellen beschränkt, welche Luden für besonders tauglich zur Rechtfertigung seiner Meinung hielt. Es ist aber nicht zu leugnen, daß sich im Römischen Rechte noch mehrere andere Stellen finden, durch welche grade die entgegengesetzte Ansicht (nämlich die Strafloſigkeit des untauglichen Versuchs) eine besondere Bestätigung zu erhalten scheint, und welche deshalb auch von den Vertheidigern dieser Ansicht nicht unbenutzt gelassen worden sind. Mit Uebergehung einiger weniger erheblichen [210]) beschränken wir uns auf folgende zwei ebenfalls

---

209) S. auch Zachariä a. a. O. p. 123.

210) Es gehören dahin L. 46. §. 8. D. 47. 2. u. §. 8. init. J. 4. 11, ferner L. 43. §. 5, 10 u. 11. D. eod. ingl. L. 6. D. 47. 19, worin die Unmöglichkeit der Begehung eines Diebstahls bei vorhande-

Digitized by Google

das Verbrechen der Fälschung betreffende Fälle, welche um so bemerkungswerther sind, als die darin ausgesprochene Unsträflichkeit des Thäters geradezu auf die Unmöglichkeit der Erreichung des gesuchten rechtswidrigen Vortheils, auf die nothwendige Unschädlichkeit der unternommenen Handlung basirt wird. Die erste von diesen beiden Stellen betrifft wiederum das SCtum Libonianum. Dem bekannten Rechtsgrundsatze zufolge: **acquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus**, war es nämlich gleichgültig, ob Jemand in einem fremden Testamente sich selbst, oder einer solchen Person, mit welcher er durch Gewaltverhältniß verbunden war, etwas zuschrieb [211]). Aber immerhin mußte dieses Gewaltverhältniß nicht nur 1) zur Zeit der Niederschreibung des letzten Willens bestehen, und eine frühere Auflösung desselben stand eben so wenig mehr im Wege [212]), als der Umstand, daß man zu Gunsten eines Dritten eine Disposition niedergeschrieben hatte, hindern konnte, diesen **extraneus** nachher, wenn auch noch bei Lebzeiten des Testators, unter seine **potestas** zu bringen [213]), sondern auch

---

ner Einwilligung des Eigenthümers, oder an einer **res derelicta** oder **hereditaria** anerkannt wird, ungeachtet diese die **furti actio** ausschließenden Mängel am Thatbestande dem Entwender unbekannt geblieben waren. S. auch L. 4. C. 9. 9, und dazu Cropp l. c. p. 39 und überhaupt Zachariä a. a. O. p. 256 u. 257.

211) L. 10. pr. L. 14. pr. L. 15. pr. D. 48. 10. L. 2 u. 3. C. 9. 23.

212) L. 22. §. 2. D. eod. — L. 22. §. 5. D. eod.

213) L. 10. §. 1. D. eod. — Merkwürdig und lediglich von dem

2) in der Wirklichkeit mußte es begründet ſein, und nicht genügte der bloße Glaube, die blos ſubjective Ueberzeugung von deſſen Daſein;

In dieſem Sinne ſagt nun Paulus [214]):

Sed etsi ei servo, qui bona fide servit, aliquid adscripsit, quoad (quamquam ad) cogitationem animi nocens est, quia ei adscripsit, quem suum putat; sed quoniam neque legatum neque hereditas bonae fidei possessori acquiritur, dicamus eum poena eximendum esse.

Wenn alſo Jemand ſeinem vermeintlichen Sclaven in einem fremden letzten Willen etwas zuſchreibt, ſo iſt zwar ſeine Strafſchuld von ſubjectiver Seite betrachtet außer Zweifel, denn er handelt wiſſentlich und mit Willen gegen das **SCtum Libonianum**; allein weil der **bonae fidei possessor** eines Sclaven nur aus zwei Gründen durch den letztern erwirbt [215]), hingegen auf Erbſchaften und Legate, welche dieſem Sclaven zufallen, gar keinen Anſpruch hat, ſo iſt es der Sache angemeſſener, den Concipienten in dieſem Falle mit Strafe zu

---

Erfolge abhängig gemacht iſt auch die Entſcheidung des **Paulus** in dem Falle, wenn ein Vater ſeinem in feindlicher Gefangenſchaft befindlichen Sohne etwas zugeſchrieben hatte. Da für die Dauer dieſes Verhältniſſes die **potestas** ſuspendirt war, ſo hinderte für jetzt den Vater nichts, dies zu thun, allein ob er ſich dadurch nicht für die Zukunft Strafe zugezogen hatte, darüber entſchied der zufällige Umſtand, ob der Sohn **in captivitate** verſtarb, oder ob er wieder zurückkehrte aus der Gefangenſchaft. **L. 22. §. 1. D. eod.**

214) **L. 22. §. 4. D. eod.**

215) **§. 4. J. 2. 9.**

verſchonen [216]). Eben ſo, wie in dieſer Stelle, welche Luden ganz unbeachtet gelaſſen hat, wird auch in der L. 38. §. 6. D. 38. 19: —

Testamentum, quod nullo jure valet, impune supprimitur: nihil est enim, quod ex eo aut petatur, aut consistere possit —

das nothwendige Ausbleiben irgend eines ſchädlichen Erfolges, als Grund der Unſträflichkeit der in verbrecheriſcher Abſicht vorgenommenen Handlung angegeben. Die Unterſchlagung oder Verheimlichung eines letzten Willens, der weder nach Civilrecht gilt, noch durch bonorum possessio aufrecht erhalten werden kann, ſoll ſtraflos ſein, weil ſeiner gänzlichen Unwirkſamkeit wegen Niemand Anſprüche irgend einer Art aus demſelben ableiten kann. Zwar will Luden [217]) dieſe Auslegung nicht gelten laſſen, weil ſie mit ſeiner oben mitgetheilten (und widerlegten) Interpretation der L. 6. pr. D. 48. 10. im Widerſpruche zu ſtehen ſcheint. Er meint nämlich, unſer Fragment ſei wohl nur von dem Falle zu verſtehen,

---

216) Die Art und Weiſe, wie ſich Paulus hier ausdrückt — dicamus cum poena eximendum esse — ſcheint allerdings darauf hinzudeuten, daß dies zwar ſeine individuelle, aber nicht jedem Widerſpruch von Seiten Anderer überhobene geglaubte Ueberzeugung war. Und in der That läßt ſich wohl kaum bezweifeln, daß Neratius und Pomponius, welche, wie wir früher ſahen, ein ſo entſchiedenes Gewicht auf die Ueberzeugung des Thäters, daß er ein Verbrechen begehe, auf die existimatio surripientis, legten, den obigen Fall entgegengeſetzt entſchieden haben würden. — Auch Marcianus war vielleicht nicht einverſtanden mit Paulus. S. L. 11. pr. D. cod. — quem comilitonem in militia novit. —

217) a. a. O. p. 290. Not. 3.

wo demjenigen, welcher das Teſtament unterdrückte, die Richtigkeit deſſelben bekannt war. Allein das Unwahrſcheinliche dieſer Vorausſetzung, was dem Verfaſſer, wie man aus ſeiner Behutſamkeit im Ausdrucke ſieht, ſelbſt nicht entgangen iſt, tritt ſo auffallend hervor, daß es kaum einer beſonderen Widerlegung bedarf [218]). Erwägt man nun aber, daß unſer Fragment von demſelben Paulus [219]) herrührt, welcher in der kurz vorher beſprochenen L. 22. §. 4. D. 48. 10. einen ganz ähnlichen Fall aus dem nämlichen Grunde auf dieſelbe Weiſe entſchieden hat, und vergleicht man dazu noch Paulus Sent. R. IV. 7. §. 3: **testamentum supprimit, qui sciens prudensque tabulas testamenti in fraudem heredum vel legatariorum — non profert**; ſo verdient wohl unbedenklich unſere obige Auslegung den Vorzug.

Wenn wir nun dieſem Allen zufolge ſagen müſſen, daß es Luden nicht gelungen ſei, die Strafbarkeit der ſogenannten untauglichen Verſuchshandlungen als im Römiſchen Rechte gegründet nachzuweiſen; ſo können wir doch auch denjenigen nicht unbedingt beiſtimmen, welche das gerade Gegentheil behaupten. Denn die ſo eben erörterten beiden Digeſtenfragmente, welchen auch noch die in der Anmerkung 213 erwähnte L. 22. §. 2. D. 48. 10. beizuzählen iſt, ſo ſehr ſie

217) Schon Cropp l. c. p. 40. not. 9. ſagt: **quod fragmentum vix ad eum casum spectare crediderim, quo, qui supprimit, scit, ipso jure nullum esse testamentum; quippe quum supprimere testamentum, nullius utilitatis ei esse possit** — und ihm iſt ohne Weiteres beigetreten Zachariä a. a. O. p. 256.

218) Nur auf einem Verſehen beruht es, wenn Zachariä a. a. O. p. 256. den Africanus als Urheber nennt.

für die letztere Ansicht zu sprechen scheinen, können doch darum nicht als genügender Beweis zur Rechtfertigung derselben als einer allgemeinen auf alle Verbrechen anwendbaren Regel betrachtet werden, weil sie 1) nur zwei sehr specielle Fälle einer und derselben Delictsgattung, nämlich des Verbrechens der Fälschung, betreffen, von welchen noch dazu die eine Species, das **sibi adscribere in testamento**, erst durch ein späteres durch seine eigenthümliche Tendenz sich auszeichnendes **SCtum (Libonianum)** unter die **Lex Cornelia (de falsis)** gezogen worden war, und 2) weil alle drei Fragmente einen und denselben Juristen (Paulus) zum Verfasser haben, welcher, wenn man ihm auch mit Unrecht einen leidigen, zum Theil aus Neid hervorgegangenen Widerspruchsgeist zum Vorwurf gemacht hat, doch nicht selten eigenthümlichen, freieren, Ansichten huldigte. So scheint es namentlich dem ursprünglich reinpolizeilichen Charakter des Libonianischen Senatsbeschlusses, welcher zum Eintritt der gesetzlichen Strafe gar keine wirklichen **falsa** des Schreibenden verlangte, sondern, um überhaupt Fälschungen möglichst zu verhüten, Jeden bedrohte, welcher, wenn auch mit Wissen und Willen des Testators, sich mittelbar oder unmittelbar ein **commodum** zugeschrieben hatte — es scheint, wie gesagt, dieser Tendenz das **SCtum** nicht angemessen, wenn Paulus gleichwohl die Anwendbarkeit der Strafe davon abhängig macht, ob die an sich schon verpönte Handlung Erfolg haben konnte, oder nicht [219]); denn wäre die nothwen-

219) Wenn gleich Paulus namentlich in dem Falle der L. 22.

dige Erfolgloſigkeit der Handlung allgemein als ein Aufhebungsgrund der Strafe anerkannt worden, ſo hätte **Africanus** das **sibi adscribere** in einem **testamentum non jure factum** und **ruptum** ebenfalls für unſträfliche erklären müſſen, was er gleichwohl in **L. 6. pr. D. 48. 10.** nicht thut. Eben ſo wenig begnügt ſich auch **Marcianus** in der **L. 11. pr. D. eod.**

> **Si pater filio suo militi, quem habet in potestate, testamento comilitonis filii aliquod adscripserit, quem comilitonem in militia novit, quia patri non acquiritur, extra poenam est —**

mit der bloßen Unmöglichkeit des Erwerbes für den Schreibenden, ſondern verlangt außerdem noch die Bekanntſchaft des Concipienten, mit dem Umſtande, welcher für ihn den Erwerb des (ſeinem **filius familias** zugeſchriebenen) Vermächtniſſes unmöglich machte.

Noch weniger aber läßt ſich von den Privatdelicten ein gültiger Schluß auf die **crimina publica** und **extraordinaria** machen, und der Umſtand, daß man z. B. bei der Entwendung einer vermeintlich im Eigenthume Jemandes ſich befindenden **res derelicta** oder **hereditaria** [220]) keinen Dieb-

---

§. 4. D. 48. 10. ſich ſagen konnte: Da derjenige, welchem hier unmittelbar etwas zugeſchrieben wird, nur ein vermeintlicher Sclav des Schreibenden iſt, ſo findet auch mittelbar kein wirkliches **sibi adscribere** Statt. Allein gleichwohl legt er nicht darauf, ſondern nur auf die nothwendige Erfolgloſigkeit alles Gewicht, ganz ſo wie in der **L. 38. §. 6. D. 48. 19.**

220) Obgleich nach Aufhebung der alten **pro herede usucapio** das Entwenden von Sachen aus einer **hereditas jacens**, zwar nicht

ſtahl annahm, berechtigt noch nicht zur Annahme der Strafloſigkeit desjenigen, der z. B. bei dem **ambulare cum telo hominis occidendi furtive faciendi causa** ergriffen wurde, geſetzt er hatte es dabei auf Tödtung eines Menſchen abgeſehen, der an dem nämlichen Tage grade zufällig auf Reiſen gegangen oder eines natürlichen Todes geſtorben war *); oder auf Ausplünderung eines Gebäudes, welches wider Erwarten ganz leer ſtand; ſo daß alſo in beiden Fällen die Vollendung des Verbrechens (in unſerem Sinne geſprochen) unmöglich war. Eben ſo wurde gewiß der Dieb, welcher in einem ſolchen Gebäude eingebrochen oder eingeſtiegen war, als **effractor** oder **directarius** beſtraft, ohne daß ihn die Berufung darauf, er habe nichts ſeinem Endzwecke Entſprechendes gefunden oder finden können, zur Entſchuldigung gereichen konnte. Denn überall hatte der Verbrecher in dieſen Fällen, wenn ihm auch unvorgeſehene Umſtände die Erreichung ſeiner Abſicht unmöglich machten, doch bereits diejenige Haupthandlung — das **ambulare cum telo**, das **effrangere** oder **perforare alienam parietem**, das **dirigere se in aliena coenacula furandi animo** [221]) — vorgenommen, deren Vorhandenſein zur Anwendbarkeit der angedrohten Strafe genügte.

---

als **furtum**, aber doch **extra ordinem** als **crimen expilatae hereditatis** beſtraft wurde. Tit. D. 47. 19.

*) Hierin ſind wir mit Luden a. a. O. p. 291 ganz einverſtanden.

221) L. 7. D. 47. 11. u. Tit. D. 47. 18. Anders verhielt es ſich z. B. bei dem **crimen** der **expilatores** und **abigei**, wo ſchon die Benennung darauf hinweiſt, daß die Handlung nur **cum effectu** zu verſtehen ſei. L. 1. §. 1. D. 47. 18. u. Tit. D. 47. 14, und überhaupt

Digitized by Google

Den Römern war, wie schon früher einmal bemerkt wurde, unsere heutige Eintheilung und Unterscheidung der Verbrechen in versuchte und vollendete, als eine technische, ganz unbekannt; sie bestraften bald Versuchshandlungen in unserem Sinne — aber nicht als Versuch, sondern als selbstständiges vollendetes Delict — bald nicht, und wenn man nun, wie dies gewöhnlich geschieht, unsere Hauptfrage so allgemein hinstellt: wurden untaugliche, d. h. solche Versuchshandlungen, welche, sei es wegen Zweckwidrigkeit des Mittels oder wegen Ungeeignetheit des Gegenstandes der Verletzung, unvollendet bleiben mußten, auch nach Römischem Rechte gestraft? — so läßt sich dieselbe eben so wenig entschieden verneinen, als mit Ja beantworten; denn immer kam es darauf an, ob ein auf ein bestimmtes Verbrechen gerichtetes Unternehmen, ungeachtet seiner Consummationsunmöglichkeit, bereits diejenigen Merkmale an sich trug, an welche das Gesetz, auf dessen Uebertretung die Absicht des Verbrechers zunächst und hauptsächlich gerichtet war, die Anwendbarkeit der Strafe geknüpft hatte, oder ob, wenn dies nicht der Fall war, die Handlung sich nicht immer noch aus einem anderen Gesichtspunkte als strafbar darstellte; sei es nun, daß sie unter eines der Aushülfsverbrechen gebracht, oder als **crimen extraordinarium** gestraft werden konnte [222]).

Zachariä a. a. O. p. 151 flg., wo der Zusammenhang der meisten **crimina extraordinaria** mit der **injuria** sehr gut nachgewiesen wird.

222) S. auch **L. 6. pr. D. 48. 5.** u. **Paul. Sent. I. 12. §. 2. II. 26. §. 16.** (der Ausgabe von Arndts, Bonn 1833), ingl. **§. 1. J. 4. 2. L. 2. §. 18. D. 47. 8. L. 2 u. 3. C. 9. 33.**

Digitized by Google

§. 11.

2) Nach dem Artikel 178. der Peinl. Gerichts-Ordnung.

„Strafunterſtandener Miſſethat".

„Item ſo ſich Jemand einer Miſſethat mit etlichen ſchein-„lichen Werken, die zur Vollbringung der Miſſethat dienſt-„lich ſein mögen, unterſteht, und doch an Vollbringung der-„ſelben Miſſethat durch andere Mittel wider ſeinen Willen „verhindert würde: ſolcher böſer Wille, daraus etliche Werk, „als obſteht, folgen, iſt peinlich zu ſtrafen; aber in einem „Falle härter, denn in dem anderen, angeſehen Gelegenheit „und Geſtalt der Sache" u. ſ. w.

Während das Römiſche Recht, wie wir im Vorhergehenden geſehen haben, ſolche Handlungen, welche in der Abſicht und zu dem Zwecke, ein beſtimmtes Verbrechen zu verüben, unternommen werden, wiefern es dieſelben nur überhaupt für ſtrafbar hält, einzeln nahmhaft macht und mit Strafe bedroht, ſo daß ſie — da man den Begriff der Vollendung nicht von dem Eintritte eines beſtimmten Erfolgs, und noch weniger von der erreichten Abſicht des Handelnden, ſondern lediglich von dem Ausſpruche des Geſetzes abhängig machen darf — [223]), der Form nach als vollendete Verbrechen erſcheinen: während es alſo im Römiſchen Rechte kein Geſetz giebt, welches die Strafbarkeit des **conatus delinquendi** [224]) als

223) S. das oben bei Anmerk. 89 Geſagte.

224) Das Römiſche Recht kennt daher auch dieſe Bezeichnung als

Digitized by Google

allgemeinen Grundſatz ausſpricht [225]); ſo ſtellt hier der deutſche Geſetzgeber eine ſolche generelle, die unterſtandene Miſſethat überhaupt bedrohende Vorſchrift auf, in welcher mit eben ſo viel Kürze als Klarheit die weſentlichen Erforderniſſe des verbrecheriſchen Verſuchs zuſammengeſtellt ſind.

Das Neue, das Abweichende von dem Römiſchen Rechte, liegt alſo vor Allem darin, daß hier der Begriff des Verſuchs als ein ſelbſtſtändiger, der Vollendung gegenüberſtehender aufgefaßt und geſetzlich anerkannt, und dem gemäß ein für allemal mit einer, wie nicht anders geſchehen konnte, unbeſtimmten Strafe bedroht iſt, welche zwar eine peinliche,

---

eine techniſche ſo wenig, als das ältere Germaniſche den Unterſchied zwiſchen der unterſtandenen und vollbrachten Miſſethat. Vielmehr findet ſich der Gegenſatz zwiſchen **conatus** oder **attentatum** und zwiſchen **consummatum et perfectum delictum** zuerſt in der Gloſſe hervorgehoben **ad L. 1. §. 2. D. 2. 2.**, wo die Texteswort: **quid enim obfuit conatus, quum injuria nullum habuerit effectum**, die nächſte Veranlaſſung dazu gaben, ſodann **ad L. ult. D. 1. 8. ad L. 67. (65) D. 47. 2. ad L. 5. C. 1. 3.** Von hier ging dieſe Unterſcheidung in die Schriften der Poſtgloſſatoren über, bei welchen ſie immer ſchärfer hervortritt, und bereits Grade des **conatus (remotus, proximus** und bei **Baldus** z. B. **ad L. 5. C. 9. 2.** ſogar ſchon die geendigte Unternehmung als **delictum perfectum in se**) angegeben werden.

225) Die Anſicht Mancher, namentlich **Cropp's commentat. cit. p. 74 seq.** und **Wächter's** im Lehrbuch §. 85. Note 67, daß in dem bekannten Hadrianiſchen Reſcript: **in maleficiis voluntas spectatur, non exitus (L. 14. D. 48. 8.)** eine ſolche allgemeine Vorſchrift über die Strafbarkeit des Verſuchs enthalten ſei — wegegen ich mich ſchon in der **diss. de del. per error. in persona comm. p. 21 seq.** erklärt hatte — iſt neuerdings nach **Sanio diss. cit. p. 101 seq.** gründlich widerlegte worden von **Zachariä** a. a. O. §. 75 flg. und von **Luden** a. a. O. p. 21 flg.

Digitized by Google

aber immerhin eine gelindere, als die die Vollendung treffende sein, und von dem Richter nach der Individualität des einzelnen Falles ausgemessen werden soll. Eben in dieser stets gelinderen Strafe aber liegt die zweite wesentliche Abweichung von dem Römischen Rechte, bei welcher sich nicht weniger, als bei der ersteren, die Frage aufdrängt, wodurch der Fürst Schwarzenberg und mit ihm Carl V. zu einer solchen, mit den sonst so vielfältig berücksichtigten kaiserlichen Rechten in Widerspruch tretenden Disposition veranlaßt worden sei.

Wenn wir es unternehmen, hierauf eine Antwort zu geben, so leisten wir doch auf einen streng historischen Beweis für die Richtigkeit derselben im voraus und um so bereitwilliger Verzicht, als es bei dem Mangel an den hierzu erforderlichen Zeugnissen auch dem ernstesten Streben nicht gelingen möchte, zu einer allseitig und vollkommen befriedigenden Lösung zu gelangen; und wenn wir daher den Artikel 178 für ein Product des Conflictes ausgeben, in welches das Römische Recht seit seiner Reception mit dem Germanischen gerathen mußte, und darin gewissermaßen eine Ausgleichung des subjectiven oder Römischen mit dem objectiven oder Germanischen Gesichtspunkte in der Art finden, daß, wiefern die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt anerkannt wurde, mehr das Römische, wiefern aber durchgängig eine geringere Strafe für den Versuch als für die Vollendung eintreten soll, das Germanische Princip die Oberhand behielt; so ist dies zwar eine sehr wahrscheinliche, aber doch immer nur sehr unvollkommene Erklärung der Entstehung des genannten Artikels. Auch soll damit nicht gesagt sein, daß diese Vermittelung oder

Digitized by Google

Ausgleichung der beiden entgegengesetzten Principien erst von Schwarzenberg selbst herrühren. Denn geht man von der gewiß richtigen Voraussetzung [226]) aus, daß die P. G. O. keineswegs eine ganz neue, den bisherigen Rechtszustand von Grund aus umgestaltende Gesetzgebung war und sein sollte, sondern zum großen Theil nur eine Einheit und Gleichförmigkeit in der Rechtspflege bezweckende Aufzeichnung der zur damaligen Zeit bereits geltenden Normen und Gebräuche enthielt, wobei es hauptsächlich auf eine Auswahl und Beibehaltung des Guten, auf Abstellung der groben Mißbräuche, welche sich bei der herrschenden Gesetzlosigkeit und Richterwillkühr eingeschlichen hatten, und auf eine glückliche Verschmelzung des fremden mit dem einheimischen Rechte ankommen mußte; so hat auch die Annahme Alles für sich, daß schon vor dem Erscheinen der Carolina, oder vielmehr vor dem sechszehnten Jahrhundert, unter dem Einflusse des Römischen Rechts und der Bearbeitungen desselben durch die Italienischen Juristen, die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Bestrafung des Versuchs wenigstens bei schwereren Verbrechen auch in Deutschland Wurzel gefaßt und gewiß auch in der Praxis bereits Anerkennung gefunden hatte. Wir wollen uns zur Bestätigung dieser Behauptung nicht

---

226) Dafür spricht die Vorrede zur Carolina, und noch entschiedener Art. 1. u. 2. der Bambergensis. S. Malblank, Geschichte der P. G. O. §. 30. Biener, Beiträge zur Gesch. des Inquisitionsprocesses p. 150. Anm. 11. Abegg, Lehrbuch des Crim.-Proc. p. XIX. und Wächter im N. Arch. J. 1837. p. 61 flg.

Digitized by Google

auf das berufen, was Zachariä [227]) und bei weitem ausführlicher Luden [228]) nachweisen, daß nämlich selbst nach den alten Germanischen Volksrechten und den späteren Sammlungen des Gewohnheitsrechts, ungeachtet des ihnen zum Grunde liegenden Compositionssystems, die Bestrafung verbrecherischer Unternehmungen, auch wenn sie materiell unschädlich geblieben waren, nicht ohne Beispiel ist [229]); denn man könnte einwenden, daß aus Zeugnissen, die einer so frühen Zeit angehören, wo die Verbrechen großentheils noch als eine zwischen dem Verletzer und dem Verletzten abzumachende Privatangelegenheit galten, und der Versuch jeden Falls nur bei den gröbsten Missethaten geahndet wurde, auf den gänzlich veränderten Zustand des Strafrechts zu Anfange des sechszehnten Jahrhunderts sich mit zu wenig Sicherheit schließen lasse. Desto entschiedener aber spricht für das Obige die Auctorität der Italienischen Praktiker, deren Schriften über das Römische Recht aus sehr begreiflichen Gründen in der damaligen Zeit fast in größerem Ansehen standen, jeden Falls stärker benutzt wurden, als die Rechtsquelle selbst, und anerkannt einen so bedeutenden Einfluß auf das Strafsystem der Carolina gehabt haben [230]). Bei der großen Anzahl derselben und bei

227) a. a. O. §. 91 u. 93.

228) a. a. O. p. 302—397.

229) So bestrafte z. B. die **Lex Salica Tit. 19. C. 1.** die versuchte Tödtung, auch wenn der Schlag oder Wurf gänzlich fehlgegangen, oder das beigebrachte Gift ohne Wirkung geblieben war. S. Luden a. a. O. p. 309 u. 320. Ebenso die **Lex Bajuvarior. Tit. 3. c. 7.** und die **Lex Saxonum Tit. 1. c. 8.**

230) Hollweg, Grundriß des Civilprozesses p. XVIII. Abegg,

der Unmöglichkeit, zu bestimmen, ob einige von diesen Schriften und welche etwa von dem Deutschen Gesetzgeber vorzugsweise beachtet worden seien, bleibt zwar eine Auswahl [231]) unter denselben immer mehr oder weniger willkührlich, indessen ist dieser Umstand darum von geringerer Erheblichkeit, weil sich gerade in Ansehung der Frage über die Strafbarkeit des Versuchs im Ganzen eine ziemliche Uebereinstimmung unter ihnen findet, sobald man nur ihre Entscheidungen **secundum jus commune** von demjenigen gehörig sondert, was sie in dieser Beziehung als **secundum statuta** geltend referiren [232]). Gleichwohl ist dieses statutarische Recht

---

Grundriß des Criminalprozesses p. VII u. VIII. Biener im N. Arch. X. p. 613 u. 614. Luden a. a. O. p. 55 und besonders p. 398—401. Wächter im N. Arch. J. 1837. p. 62.

231) Nach einer solchen zum Theil durch die Verschiedenheit ihres Plans bedingten Auswahl liefern Zachariä a. a. O. §. 56 flg. und Luden a. a. O. p. 402 flg. eine Recension der Ansichten Einzelner von der Glosse an; und zwar schickt der erstere die Darstellung der Ansicht der Italienischen Juristen über die Strafbarkeit des Versuchs seiner eignen diesen Gegenstand betreffenden Untersuchung des Römischen Rechts voraus, während bei Luden jene Recension der Italiener den Uebergang von dem älteren Germanischen Strafrechte zu dem System der Carolina bildet.

232) Nach den Statuten der Italienischen Städte galt nämlich in einem gewissen Sinne grade das Gegentheil von dem Grundsatze **in maleficiis voluntas spectatur, non exitus**, d. h. der **animus** wurde in der Regel nicht gestraft, **nisi sequatur effectus.** Die Meisten berufen sich zwar zur Rechtfertigung dieser Abweichung von dem **jus commune** auf eine **generalis consuetudo Italiae** oder gar **totius mundi**, welche eben wegen ihrer Allgemeinheit keines weiteren Beweises bedürfe — so namentlich schon **Durantis** († 1296) **specul. jur. Lib. IV. tit. de accusat. §. 1.**, auf welchen fast alle Späteren zurück-

Digitized by Google

augenſcheinlich nicht ohne Einfluß auf ihre diesfallſige Darſtellung geblieben; denn wenn ſie auf der einen Seite die allgemeine Strafbarkeit des Verſuchs zu ſolchen Verbrechen, die

---

weiſen; allein **Bartolus** († 1357) **ad L. 1. §. divus** (3.) **D. ad Leg. Corn.** (48. 8.) und **ad L. 7. C. 9. 16.** leugnet, daß man ſich zu dieſem Zwecke auf eine ihrer Exiſtenz nach zweifelhafte **consuetudo** ſtützen könne, indem er ſagt: **Domini quidquid ipsi dicant, veritas est ista, per Italiam maleficia puniuntur secundum statuta, non secundum leges, et ideo si statuta dicant, si quis occiderit, et statutum illud non verificatur, nisi morte secuta, ideo animus occidendi nullo modo attenditur.** Dabei iſt aber nicht außer Acht zu laſſen, daß alle dergleichen Bemerkungen über das Nichtbeachten des **animus delinquendi** (**sine effectu**) immer nur zu denjenigen Stellen des Römiſchen Rechts gemacht werden, in welchen von der **gleichen Strafbarkeit** des Verſuchs mit dem vollendeten Verbrechen die Rede iſt, nur **dieſe** wird als derogirt durch die Statuten oder durch die entgegenſtehende allgemeine Gewohnheit verworfen, nur die Anwendbarkeit der **ordinaria statuti poena** auf den Verſuch wird geleugnet, obwohl die in der Regel ſehr unbeſtimmt und allgemein lautenden Ausdrücke ſehr leicht zu der Annahme verleiten können, als ob nun für jede unvollendet gebliebene Miſſethat **Strafloſigkeit** die Folge ſei. S. z. B. **Augustinus de Arim.** zu **Angelus Aret. de maliciis in verbis: Et ex interivallo post no. 16.** (pag. 165 der Ausg. Venedig 1578). **Dagegen** aber z. B. **Baldus ad L. si fugitivi** (3.) **C. de serv. fug.** (6. 1.) **secundum statuta quae disponunt de actu secundum effectum, non secundum affectum, non punitur quis nisi delicto consummato, et quia est ista generalis consuetudo, non indiget probatione: sed tamen punitur extra ordinem, quia non est omnino absque delicto, qui delinquere inchoavit, et cum non sit determinata poena, punitur judicis arbitrio.** — Auch gab es einzelne **statuta**, welche den Verſuch mit einer beſonderen, aber immer gelinderen Strafe, als das vollendete Verbrechen, bedrohten. So wurde z. B. nach den Statuten von **Ferrara** der **nächſte** Verſuch beim Giftmord mit Abhauen der Hand und Geldbuße beſtraft, der **entfernte** hingegen blos mit einer Geldſtrafe. — Zu allgemein iſt

nicht blos zu den **leviora delicta** [233]) gehörten, aus dem Römischen Rechte nachzuweisen bemüht sind, wobei sie sich auf alle dergleichen Stellen berufen, in welchen nur überhaupt von Handlungen die Rede ist, die materiell (mit Rücksicht auf den Zweck, welchen der Handelnde erreichen wollte) einen bloßen Versuch enthalten, während sie der Form nach, weil die Strafe ohne alle Rücksicht auf einen etwaigen Erfolg angedroht wird, als consummirt erscheinen, z. B. **L. 1 u. 7. D. 47. 11**; so behandeln sie doch anderer Seits die **de rigore juris communis** in vielen Fällen vorgeschriebene gleiche Strafbarkeit des Versuchs mit der Vollendung fast durchgängig

---

auch die sich hierauf beziehende Aeußerung Zachariä's a. a. O. §. 118. p. 223.

233) Freilich deuten sie den Unterschied zwischen leichteren und schwereren Verbrechen nur durch einzelne Beispiele an, ohne ein Criterium anzugeben; auch wird diese Unbestimmtheit dadurch noch vermehrt, daß Einige, wie z. B. **Albert. de Gandino tractat. de malefic. sub Rubr. Quid sit agendum no. 5.** nur zwei (**levia** und **gravia**), Andere drei (**gravissima**), und noch Andere gar vier Glieder **levia, gravia, graviora** und **gravissima**) unterscheiden, wie z. B. **Bartolus ad L. 11. §. si mandato (3.) D. de injur. et fam. lib. (47. 10.)**. Die Hauptstelle aber, zu welcher die Meisten (namentlich schon die Glosse) den Unterschied zwischen leichten und schweren Verbrechen ausführlicher besprochen, ist die **L. levia (6.) D. de accusatt. et inscr. (48. 2.)** und hieraus läßt sich wenigstens so viel abnehmen, daß man einmal alle culposen Delicte, und sodann von den dolosen geringe Diebstähle, leichte Injurien, so wie diejenigen Verbrechen zu den leichteren rechnete, welche mit einer mäßigen körperlichen Züchtigung oder mit einer bloßen Geldbuße geahndet wurden. S. insbesondere **Bartolus ad L. 6. cit.**, welcher die Glosse tadelt, weil sie hierbei zu wenig Rücksicht auf die mögliche Verschiedenheit der Strafe bei einem und demselben Verbrechen nimmt.

Digitized by Google

als ein reines, der Praxis ihrer Zeit entfremdetes Theorem, welches dem milderen Grundſatze habe weichen müſſen, daß das **attentatum** regelmäßig mit einer andern als das **consummatum delictum**, und zwar, je nachdem die Verſuchshandlung entweder in einem **remotus** oder in einem **actus multum propinquus delicto principali** beſtehe, bald mit einer gelinderen, bald mit einer härteren Strafe geahndet werde [234]). Immer aber wird vorausgeſetzt, **ut processum sit ad aliquem actum** [235]).

Indem wir uns im Uebrigen auf die von Zachariä und Luden [236]) angeführten Auctoritäten beziehen, ſei es

234) Daß man in Anſehung des Hochverraths bei dem Grundſatze des Röm. Rechts ſtehen blieb, erklärt ſich leicht aus der eigenthümlichen Natur grade dieſes Verbrechens; wiewohl es immer auch Einzelne gab, welche die Anwendbarkeit des **jus cummune** und des darin vorherrſchenden ſubjectiven Geſichtspunktes gegen das vorzugsweiſe den **effectus** berückſichtigende Strafrecht der Statuten noch bei einigen anderen Verbrechen, namentlich bei dem **assassinium**, **parricidium**, ſeltner beim **veneficium**, wenigſtens ſobald **delictum perfectum** vorlag, vertheidigten. S. **Jul. Clarus Sentent. L. V. §. fin. qu. 92. in fine.** So erzählt unter Anderen **Clarus** einen Fall, wo ein junger Nobile wegen verſuchter Entführung, freilich zum Entſetzen von ganz Italien, zum Tode verurtheilt worden war. **Clarus l. c. qu. 68. no. 4.**

235) Eine Ausnahme hiervon machen die Meiſten bei der „**haeresis, quia ibi deliberatio mentis sufficit ad perpetrationem delicti, eo quod delictum non requirit aliquid ab extra, sed perficitur sola mentis cogitatione.**“

236) S. die Anm. 231 angef. Citate. — Der wichtigſte unter den daſelbſt Recenſirten iſt **Albertus de Gandino** († um 1300) mit ſeinem **Tractatus de maleficiis**, in welchem er das hierher Gehörige **sub Rubr. de poenis reorum, no. 2—8**, insbeſondere **no. 4** vorträgt.

Digitized by Google

erlaubt zur Unterſtützung des oben Geſagten die Anſicht eines von jenen beiden nicht erwähnten Schriftſtellers **in extenso** mitzutheilen, welcher von allen vor dem 15ten Jahrhunderte lebenden Italienern ſich am genaueſten und ausführlichſten über die Strafbarkeit des Verſuchs ausſpricht. Es iſt dies nämlich **Baldus** († 1400) **ad L. si quis non dicam rapere** (5.) **C. de episcop. et cler.** (1. 3.), (dieſelbe Stelle, zu welcher ſchon die Gloſſe ihre Hauptbemerkungen über den Verſuch macht). Er beginnt ſeine Exegeſe mit dem allgemeinen Satze: **Qui cogitat, et agit, sed non consummat delictum, quia non potuit, punitur in atrocissimis poenis pro delicto consummato. — Quidam intelligunt legem istam stricte quod loquatur tantum in virginibus deo dicatis, alii intelligunt in omni genere delictorum atrocissimorum. Primum iutellectum sentit glossa super verbo attentare, secundum intellectum sentit glossa nova, et secundum istum intellectum summavi legem, et ita communiter allegatur.** Hierauf folgen die **Oppositiones** [237]), nach deren Widerlegung er ſo fortfährt: **Pro conclusione omnium praedictorum sic distingue: nam interdum quis delinquit aliter quam cogitavit, interdum plus quam cogitaverit, interdum minus.** In Beziehung auf dieſen letzten Fall heißt es nun: **ista est**

237) Bei dem vierten Einwurfe berührt er auch die Frage über den Einfluß der Reue vor der Vollendung, und bemerkt, daß ſie nicht bei jedem, ſondern nur bei dem Verſuche zu ſolchen Verbrechen Strafloſigkeit wirke, **ex quorum principio nemo laeditur** (wo alſo noch **res integra** iſt), denn außerdem **licet poeniteat insultantem, tamen de isto praeambulo bene punitur.**

Digitized by Google

materia nostra, in qua — tu distingue clarius. Aut non cogitavi, neque egi, et regulariter non punior; aut cogitavi, et ad actum processi, et non consummavi, tunc aut quia nolui, et non punior — quod est verum in delictis, in quibus nullus offenditur — aut quia non potui, tunc aut sumus in levioribus delictis, et excusatur, aut in gravioribus delictis, tunc aut deventum est ad actum verbi, et non punior tanquam pro consummato, sed extra ordinem i. e. minori poena — aut processi ad actum facti, tunc, si quidem ad proximum et immediatum, et punior pro delicto consummato; si vero ad remotum, minus punior, quam si consummassem, et hoc si agitur criminaliter secundum Jac. Buttrigarium (Lehrer des Bartolus † 1348) et alios. —

Zur Erklärung des hier und ſchon bei Aelteren vorkommenden Unterſchiedes zwiſchen actus verbi und actus facti iſt zu bemerken, daß derſelbe in nächſter Beziehung auf die Unzuchtsverbrechen gemacht iſt; unter actus verbi ſind der Antrag, die Erklärung der Abſicht des Thäters an die Perſon, welche verführt werden ſoll, die dabei angewendeten Künſte der Ueberredung, ſo wie die unter bereits Einverſtandenen gepflogenen Verabredungen zum Zweck der Ausführung ihres Vorhabens zu verſtehen (colloquia in L. 9. §. 2. D. 48. 5. und bei Bartolus ad L. 1. D. 47. 11, wo er die Gloſſe tadelt, daß ſie auch basia nennt, die doch vielmehr zu den actus facti gehörten). Als actus facti und zwar

proximus, welcher eben deshalb **de rigore** [238]) **pro consummato delicto** geſtraft werde, nennt **Baldus** ſelbſt an einer frühern Stelle (bei dem ſechſten Einwurf) Beiſpielsweiſe die **prostratio in terram in actu carnali**, und als **remotus** das **osculum vel alius actus.**

Dabei unterliegt es keinem Zweifel, daß durch **actus verbi** ein entfernterer Grad des Verſuchs bezeichnet werden ſoll, als durch **actus facti**, und da bei dieſen wiederum **actus proximus** und **remotus** unterſchieden werden, ſo könnte man ſich verſucht fühlen, hier ſchon eine Andeutung der ehedem bei uns gangbaren Eintheilung des **conatus** in den **remotus**, **propior** und **proximus** zu finden. Allein einmal leidet der zuerſt von der Gloſſe, und zwar **ad L. sollicitatores** (1.) **D. de extraord. crim.** (47. 11.) gemachte Unterſchied zwiſchen wörtlichen und thätlichen Verſuchshandlungen nur eine ſehr beſchränkte Anwendung auf die Verbrechen gegen die Keuſchheit, und ſodann werden auch anderwärts immer nur zwei Grade des Verſuchs unterſchieden. Dies geſchieht namentlich auf das Beſtimmteſte von **Baldus** ſelbſt **ad L. data opera** (11.) **C. de his qui accus. non poss.** (9. 1.) — eine Stelle, die auch deshalb noch beſonders wichtig iſt, weil darin zugleich ein Criterium für den Anfangspunkt der Strafbarkeit verbrecheriſcher Unternehmungen angegeben wird. Nach einer Aufzählung derjenigen Verbrechen, welche mit dem Tode und welche mit Verſtümmelung beſtraft werden, kommt er nämlich **No. 51.** zu der Bemerkung, daß dergleichen **poenae per-**

238) d. h. nach der Strenge des **jus commune**, nicht aber **secundum statuta** und **de consuetudine.**

Digitized by Google

sonales, scilicet amissiones vitae et membri, requirunt delictum consummatum [239]), sed poenae minores non requirunt delictum consummatum, sed inchoatum (dazu wird L. 1. §. 2. D. 47. 11. citirt). Inchoatur autem delictum statim quod conatus transit in alium i. e. in contumeliam alterius, et non ante, licet finalis effectus non sequatur; et hoc potest contingere dupliciter: primo per actum remotum a principali delicto, sicut est insultus [240]) ad homicidium faciendum, vel per actum proximum, sicut est vulnus. Actus ergo verbi et actus facti remotus minus punitur, sed actus propinquus acrius punitur: tamen ibi judex ex officio mitigat poenam, d. h. er hat ungeachtet dieſes nächſten Schrittes zur Vollendung nicht die auf dieſe geſetzte, nicht die ordinaria, ſondern eine gelindere Strafe zur Anwendung zu bringen. Dabei beruft er ſich auf die ſo beſtrittene [241]) L. 16. §. 8. D. 48. 19, die er alſo von allen, nicht blos von culpoſen, Delicten verſteht, und auf L. 38. §. 3. D. eod., in welcher letzteren Stelle er, um ſie mit der dieſelbe That mit dem

239) Dieſer Satz enthält entweder nur die Regel mit Uebergehung der Ausnahmen, ubi affectus punitur pro effectu (ſ. Bald. ad L. 3. C. 6. 1.), oder Baldus hat, indem er, wie öfter, von jus commune ganz abſtrahirt, nur das zu ſeiner Zeit anwendbare Recht im Auge.

240) Insultus iſt nach der Definition des Bonifacius de Vitalinis de Mantua, in ſ. Tractatus super maleficiis Rubr. de insultu etc. princ. — contra alium impetuosus ingressus, und insultare ira et impetuoso animo alterum aggredi.

241) S. darüber u. A. Luden a. a. O. p. 29 u. 30 und die daſelbſt Angeführten.

Digitized by Google

Tode bedrohenden L. 1. §. 2. D. 47. 11. in Einklang zu bringen, einen bloßen Verſuch findet, um ſo mehr, als die **consummatio stupri** bei einer **virgo nondum viri potens** nicht möglich ſei. Ja er verſucht es ſogar in Uebereinſtimmung mit **Guil. de Cuneo** († 1348) den Widerſpruch, in welchen die allgemeine Anſicht ſeiner Zeit von der geringeren Strafwürdigkeit des Conats namentlich mit der **Lex Cornelia** (L. 7. C. 9. 16.) trat, dadurch zu beſeitigen, daß er meint, das **ambulare cum telo hominis occidendi causa** und das **homicidium consummatum** ſeien zwar **eadem lege**, aber nicht **eadem poena**, vielmehr jenes mit dem bürgerlichen (**deportatio**), und nur dieſes mit dem natürlichen Tode beſtraft worden [242]).

Das Reſultat iſt alſo in der Kürze folgendes. Der Verſuch, welcher im Allgemeinen mit der Richtung der Handlung

---

242) Im weiteren Verlaufe (und zwar No. 54.) wirft **Baldus** auch noch die der vorhergehenden correſpondirende Frage auf, **quando delictum dicatur consummatum?** und beantwortet ſie dahin: wenn der Verbrecher entweder ſeinen Zweck erreicht habe, oder doch, ohne daß ihm dies gelungen, **titulus criminis resultat**, das ſoll heißen, wenn die Handlung bereits den Charakter und die Merkmale eines beſtimmten Verbrechens an ſich trägt. Und hierbei zeigt ſich wieder die Verſchiedenheit der Beurtheilung nach *gemeinem* und nach *ſtatutariſchem* Rechte. Wer tödten wollte und blos verwundete, wird gemeinrechtlich **ex Lege Cornelia**, alſo **secundum affectum** beſtraft, **secundum consuetudinem et statuta locorum** aber **punitur de vulnere** (alſo **secundum effectum**), **quia delictum vulneris est perfectum, sed non punitur de homicidio, quia non est hic talis titulus criminis secutus.** S. außerdem **Cynus ad L. 7. C. 9. 16.** und **Bonifacius de Vitalinis Tractat. super maleficiis. Rubr. de insultu no. 15.**

Digitized by Google

gegen eine beſtimmte Perſon in das Gebiet des Strafrechts tritt [243]), wird

1) bei leichten Verbrechen gar nicht beachtet,

2) bei ſchwereren hingegen muß man unterſcheiden:

a) die Vollendung unterblieb aus Reue, und zwar entweder zu einer Zeit, wo noch **res integra** war, dann tritt ebenfalls Strafloſigkeit ein; oder die Verſuchshandlung enthielt bereits eine Verletzung, ſo wird, der **poenitentia** ungeachtet, **ex arbitrio judicis** auf Strafe erkannt. (S. Anmerk. 237.)

b) Der Thäter wurde zufällig, wider ſeinen Willen an der Vollendung verhindert, dann hat er ſtets Strafe verwirkt, und zwar bald eine härtere, bald eine gelindere, je nachdem er zur Zeit des Mißlingens ſeiner That ſich in einem **actus proximus** oder **remotus** befand.

Eine genauere Angabe darüber, wenn im Allgemeinen die Verſuchshandlung eine nahe oder eine entfernte ſei, findet ſich freilich bei Keinem; indeſſen ergiebt ſich doch aus den einzelnen Beiſpielen, welche hier und da angeführt worden [244]), die Richtigkeit der Bemerkung Luden's [245]),

243) Freilich iſt dieſer Verſuch des **Baldus**, den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Conats zu charakteriſiren, wie ſich aus dem Vorhergehenden ergiebt, nur mit nächſter Rückſicht auf diejenigen Delicte gemacht, welche unmittelbar gegen die Perſon gerichtet ſind.

244) Wie wenn **Baldus** den Angriff als **remotus**, die Verwundung hingegen als **proximus actus** des **homicidium attentatum** nennt; ebenſo die **colloquia et basia** als entfernten, und die **prostratio in terram** als nächſten Verſuch **in actu carnali.**

245) a. a. O. p. 423—425, woſelbſt er das Reſultat ſeiner Recenſion der Italiener mittheilt.

Digitized by Google

daß die Italiener (wenigſtens bei denjenigen Delicten, welche, wie das **homicidium**, zu ihrem Thatbeſtande einen beſtimmten objectiven Erfolg verlangen) die Nähe und Entfernung des Verſuchs mehr nach dem Grade der Annäherung an dieſen Erfolg, als mit Rückſicht auf die Haupthandlung beſtimmen, woraus dann folgt, daß eine Handlung, welche, nach unſerer heutigen Art zu unterſcheiden, bereits einen nahen Verſuch bildet, bei jener möglicher Weiſe noch zu dem entfernten gerechnet wurde, wie z. B. ein in der Abſicht zu tödten unternommener, vom Bedrohten aber durch Gegenwehr unſchädlich gemachter Angriff.

Unter allen Schriftſtellern aus dem 15ten und 16ten Jahrhundert, welche nachzuleſen vergönnt war, findet ſich keiner, bei welchem mehr als eine theilweiſe Wiederholung und Beſtätigung deſſen anzutreffen wäre, was wir ſo eben aus **Baldus** mitgetheilt haben. Selbſt der Kanoniſt **Felinus** (Sandeus † 1503), der von Späteren als Verfaſſer eines beſonderen **Tractatus quando punitur conatus** [246]) genannt wird, macht hiervon keine Ausnahme; indeſſen verdient hervorgehoben zu werden, daß er ſowohl, als ſein Zeitgenoſſe **Bartholom. Socinus** [247]), die allgemeine Strafbarkeit des Verſuchs gradezu als Regel aufſtellen, welche nur durch

246) Dieſer ſogenannte **Tractatus** iſt ein wenige Seiten füllendes Antwortſchreiben (**Responsio epistolaris**, wie es **Felinus** ſelbſt nennt) auf die Anfrage eines Freundes über die Strafbarkeit des Verſuchs, und enthält im Weſentlichen nur eine Wiederholung des in ſeinen **Commentar. super Decretal. tit. de praesumtionibus** (2. 23.) **c. sicut noxius** (1) Geſagten.

247) **Opus regularum et fallentiarum** (und zwar **Reg.** 49.) als

Digitized by Google

gewiſſe Ausnahmen (fallentiae) [248]) zu beſchränken ſei, wobei ſie ſich vielfältig auf **Bartolus** und **Baldus** berufen. Auch bemerkt **Felinus** noch ausdrücklich: **dictum speculatoris** (ſ. Anm. 10.) **habet locum etiam in criminibus atrocissimis, quae hodie non puniuntur, nisi delictum sit consummatum secundum modernos**, d. h. aber: auch bei den ſchwerſten Verbrechen wird heut zu tage der Verſuch nicht mehr der Vollendung gleich geſtraft. — Uebereinſtimmend ſpricht ſich im Ganzen auch **Jul. Clarus** [249]) († 1575) aus. Nachdem er nämlich ſchon **qu. 87. No. 1.** die allgemeine Bemerkung gemacht, daß ein Verbrecher anders beſtraft werde, **qui maleficium tantummodo attentavit**, und anders **maleficio consummato**, giebt er **quaest. 92.**, wo er die Frage

---

deſſen Verfaſſer er gewöhnlich genannt wird. S. indeſſen v. Savigny, Geſch. des R. R. im Mittelalt. B. VI. p. 306.

248) Jeder von Beiden führt acht, und zwar ganz dieſelben, Ausnahmen an, welche alle ſchon bei den Aelteren, namentlich bei **Baldus**, vorkommen, z. B. wenn es gar nicht zu einem **actus externus** gekommen war (!), bei leichteren Verbrechen, **ob poenitentiam ante consummationem** u. ſ. w.

249) **Sententiar. recept. Lib. V. §. fin. qu. 92.** Ausführlich theilt Luden a. a. O. p. 412 flg. die Anſicht des **Clarus** mit. — Zachariä a. a. O. §. 60. meint, **Clarus** weiche von ſeinen Vorgängern in ſofern ab, als er die Strafbarkeit des **affectus et conatus ad delinquendum etiam si non sequatur delictum** als eine Regel des **jus commune** aufſtelle, welche jedoch durch jene **generalis consuetudo** aufgehoben worden ſei. Allein daß dieſe Anſicht durchaus nichts Neues und Abweichendes enthält, noch auch enthalten ſollte, ergiebt ſich theils aus unſerer bisherigen Darſtellung, theils aus der Menge von Auctoritäten, auf welche ſich **Clarus** hierbei beruft, und deren Reihe mit **Durantis** beginnt.

Digitized by Google

genauer erörtert, nach vielem Hin- und Herschwanken, zwischen den widerstreitenden Auctoritäten [250]), am Schluß seine Meinung dahin ab: **Regulariter judex non debet conatum impunitum relinquere, sed semper aliquam poenam extra ordinem infligere. Et nota quod in illis casibus, in quibus ille, qui devenit ad actum proximum, non potest puniri poena ordinaria** (d. h. bei allen Verbrechen, welche nicht zu den atrocissima gehören), **debet tamen acrius puniri pro motu judicis, quam ille, qui devenit ad actum remotum. Et ita tenet consuetudo, ut dicit Baldus.**—

Zum Schluß verweisen wir noch auf **Jac. Menochius** († 1606) [251]), welcher sich ausführlicher als irgend einer seiner Vorgänger über die Frage „**conatus ad delictum quando et qua poena puniatur**“ verbreitet. In der Art und Weise der Behandlung des Gegenstandes zeichnet er sich vor den Aelteren durch eine zweckmäßige Disposition des Ganzen aus, indem er gleich Anfangs drei Abschnitte unterscheidet, nämlich 1) welches sind die allgemeinen Bedingungen der

250) Der Widerstreit, zwischen welchem sich **Clarus** hier bewegt, und welchem er sich durch eine nicht eben glücklich gewählte Distinction zu entziehen sucht, betrifft jedoch gar nicht die absolute Strafbarkeit des Versuchs, wie **Zachariä** a. a. O. §. 118. p. 223 u. 224 anzunehmen scheint, sondern nur die Frage, ob in **atrocissimis delictis** der nächste Versuch mit der **ordinaria poena** zu bestrafen sei, oder nicht. Denn daß der **Conatus** überhaupt, und zwar bald härter, bald gelinder bestraft werde, je nachdem er in einem **actus proximus** oder **remotus** bestehe, giebt er unter Berufung auf **Baldus** und die **consuetudo** ausdrücklich zu.

251) **De arbitrariis judicum quaestionibus et causis Lib. II. cas. 360.** — S. **Luden** a. a. O. p. 416—422.

Digitized by Google

Strafbarkeit des Verſuchs, 2) in welchen Fällen beſtrafen die leges den Conat, und 3) wie verhält es ſich hiermit nach den statuta und der consuetudo. Die Sache ſelbſt anlangend aber ſchließt er den zweiten Abſchnitt, nachdem er fünf und dreißig Fälle aufgezählt hat, in welchen der Verſuch [252]) beſtraft werde, mit folgenden Worten: **Ex his praenotatis casibus satis intelligimus, generalem juris regulam constitui posse, nempe conatum in actu, qui ad delinquendum tendit, puniri,** und bemerkt ſodann im dritten Abſchnitt, daß es bei dieſer Regel auch nach dem Gewohnheitsrechte und den Statuten verbleibe, indem durch dieſe das **jus commune** nur in ſoweit abgeändert worden ſei, als man auch den nächſten Verſuch nicht mehr, wie nach Römiſchem Rechte, mit den **ordinaria**, ſondern bei den meiſten Verbrechen **judicis arbitrio** mit einer **extraordinaria poena** beſtrafe. Dabei beruft er ſich auf **Baldus, Angelus, Didac. Covarruvias, Tyraquellus** u. A. — Es liegt außer unſerem Intereſſe, in das ſehr detaillirte Raiſonnement des Menochius weiter einzugehen, da es hier nur darauf ankam, nachzuweiſen, daß bereits im funfzehnten Jahrhundert die Anſicht von der Strafbarkeit des Verſuchs ſehr verbreitet war. Wenn wir dabei auch auf ſolche Schriftſteller Rückſicht genommen haben, welche ſelbſt nach dem Erſcheinen der Carolina ſchrieben, mithin auf den Inhalt derſelben von gar keinem Einfluſſe geweſen ſein können, wie **Clarus** und **Menochius**; ſo wird dieſer

252) Menochius nennt auch zuerſt den conatus ſelbſt einen proximus oder remotus, während die Früheren, und nach Clarus, immer nur von einem actus prox. oder remot. ſprechen.

Digitized by Google

scheinbare Anachronismus durch den Umstand vollkommen gerechtfertiget, daß die genannten Auctoren ihre eigene Lehre durch stetes Zurückgehen auf ihre Vorgänger zu bestätigen bemüht sind, und geleitet von der nämlichen Grundansicht, im Wesentlichen nur eine weitere Ausführung dessen liefern, was sie bei jenen ausgesprochen oder angedeutet fanden [253]).

Aus allem bisher Gesagten geht also hervor, daß Schwarzenberg, wenn er die unterstandene Missethat für strafbar erklärte, nur der Ansicht seiner Zeit folgte, daß er aber allerdings in sofern einen Schritt weiter ging, als er die wesentlichen Merkmale, wodurch das nicht vollendete Verbrechen charakterisirt wird, zusammenfaßte, auf diese Weise einen selbstständigen Begriff des Versuchs, gegenüber der Vollendung, aufstellte, und dessen allgemeine Strafbarkeit in einem besonderen Gesetze sanctionirte. Denn anzunehmen, daß er auch hierin bereits irgend einen Vorgänger gehabt habe, dazu fehlt es wenigstens zur Zeit durchaus an Gründen; obwohl nur eine genauere Kenntniß des vorcaroliniſchen Territorialstrafrechts hierüber vollkommene Gewißheit zu verschaffen im Stande wäre [254]). Eine nothwendige Folge hiervon war

253) S. auch Luden a. a. O. p. 400.

254) Möglich wäre nämlich immerhin, daß bereits in den Halsgerichtsordnungen einzelner Städte etwas über die Strafbarkeit der unterstandenen Missethat im Allgemeinen, oder doch bei einzelnen Verbrechen vorgekommen wäre; und so hatte namentlich Nürnberg, eine der angesehensten unter den damaligen Reichsstädten, zu welcher noch dazu Schwarzenberg in naher Beziehung gestanden war, schon im funfzehnten Jahrhundert ihre Halsgerichtsordnung, von welcher freilich der Herausgeber der mit Anmerkungen und Praejudiciis erläu-

Digitized by Google

nun aber die, daß über die Strafbarkeit der unterſtandenen Miſſethat nicht mehr deren etwaiger Erfolg, wie nach dem Rechte der statuta (ſ. Anm. 242 a. E.), ſondern ſtets die Abſicht entſcheiden mußte, d. h. der Verſuch, auch wenn er in ſeinen Folgen ſchon ein beſonderes benanntes Verbrechen bildete, alſo nach der Feuerbach'ſchen Terminologie ein qualificirter [255]) iſt, kann nicht mehr aus dem Geſichtspunkte dieſes Delictes, ſondern muß mit Rückſicht auf dasjenige Verbrechen, auf deſſen Vollendung es dabei abgeſehen war, beurtheilt und beſtraft werden.

Gehen wir nun nach dieſer Unterſuchung über die Quelle des Art. 178 auf die einzelnen in dieſem Geſetze enthaltenen Beſtimmungen über; ſo findet ſich auch hier eine unverkennbare Uebereinſtimmung mit den im Römiſchen Rechte oder vielmehr in den Bearbeitungen deſſelben durch die Italieniſchen Rechtsgelehrten enthaltenen Grundſätzen, auf welche wir jedoch, mit Ausnahme des unſere Hauptfrage betreffenden Punktes, nur in der Kürze aufmerkſam machen wollen. Gleichwie nämlich

---

terten Nürnbergiſchen Reformation, Nürnberg 1737. Fol. pag. 216 in der Note verſichert, daß es faſt unmöglich ſei, die darüber vorhandenen uralten Mseta zulänglich zu verſtehen. Das Nürnberg. hiſtoriſch-diplomatiſche Magazin, welchem nach Malblank, Geſchichte der P. G. O. p. 40. Note e., eine Nürnbergiſche Halsgerichtsordnung vom J. 1526 als Beilage angehängt iſt, habe ich leider nicht erlangen können.

255) S. Feuerbach, Reviſion Th. II. p. 266 u. Lehrb. §. 111. Note b. Dagegen aber Hepp Verſuche p. 308 flg., woſelbſt auch die Ausnahmen von der obigen Regel angegeben ſind, und p. 365—368.

Digitized by Google

1) einer communis Doctor. opinio zufolge der conatus bei den leviora delicta keine Beachtung verdient (s. Anm. 233.), so soll auch nach der Carolina nur das Unternehmen einer Missethat, und zwar peinlich gestraft werden. Es ist gewiß um so unbedenklicher, aus den hier gebrauchten Ausdrücken auf die Unsträflichkeit aller geringeren mit keiner peinlichen Strafe bedrohten Verbrechen zu schließen [256]), da dies eben die unter den Bearbeitern des Römischen Rechts herrschende Ansicht war.

2) Ein weiteres Erforderniß der Strafbarkeit des conatus war, ut ad actum processum sit, qui ad maleficium tendit, weil, wie die Glosse ad L. 5. C. 1. 3. mit Beziehung auf L. 18. D. 48. 19. sich ausdrückt, primi motus (cogitandi) non sunt in potestate nostra, oder, wie Baldus die Glosse berichtigend sagt, quia ex tali delicto mentali nullus patitur et nemo offenditur, merito non punitur. Dem entsprechend verlangt die Carolina etliche scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienlich sein mögen, worunter nichts Andres als äußere, auf die Vollendung des Verbrechens gerichtete Handlungen zu verstehen sind.

3) Gleichwie ferner schon die Glosse und mit ihr alle Späteren unterscheiden, ob derjenige, qui ad actum processit, sed rem ad effectum non perduxit, von der Vollen-

---

256) S. Heffter, Lehrbuch des Crim.-Rechts. §. 62. Note 5. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 98 im Zusatz. Zachariä a. a. O. §. 95. und Luden a. a. O. p. 522 flg.

dung abstand entweder quia noluit (perficere), oder aber quia non potuit, und im ersteren Falle unter Berufung auf L. 19. D. 48. 10. ob poenitentiam Strafloſigkeit behaupten: ſo will auch der Deutſche Geſetzgeber die unterſtandene Miſſethat nur dann beſtraft wiſſen, wenn der Thäter an Vollbringung derſelben durch andere Mittel wider ſeinen Willen verhindert worden war.

4) Die Strafe des Verſuchs iſt nach der Lehre der Italiener regelmäßig eine poena extraordinaria, bei deren Feſtſetzung der Richter hauptſächlich darauf Rückſicht zu nehmen hat, ob der Verbrecher ad actum remotum oder proximum gekommen war. Demgemäß verordnet auch der Art. 178., daß die Strafe in dem einen Falle härter, denn in dem anderen ſein ſolle, und verweiſt die Urtheiler auf die Geſtalt und Gelegenheit der Sache.

Indem wir übrigens den Streitpunkt, ob nach dem angeführten Artikel auch ſchon Vorbereitungshandlungen für ſtrafbar zu halten ſeien, wie mit Mehreren Jarcke [257]), Roßhirt [258]), Hepp [259]) und Hefftter [260]) behaupten, unerörtert laſſen, obwohl die Gründe,

---

257) S. Hitzig's Zeitſchr. f. Preuß. Crim.-Rechtspflege. B. III. p. 149.

258) Lehrbuch des Crim.-R. §. 46.

259) Verſuche §. 361—363.

260) Lehrb. §. 62. Note 5.

welche neuerdings wieder Zachariä [261]) und Luden [262]) dagegen vorgebracht haben, schon deshalb überwiegend sein dürften, weil auch die Italiener, wenn sie den actus remotus für strafbar erklären, darunter am allerwenigsten schon „bloße Anstalten zur Erlangung dienlicher Mittel" verstehen; so versuchen wir zum Schluß noch die uns am meisten interessirende Frage zu beantworten, ob die Carolina, indem sie scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen, verlangt, die objective Gefährlichkeit der Versuchshandlung zur Bedingung ihrer Strafbarkeit gemacht habe?

Die Mehresten, die sich bei der Untersuchung über die Nothwendigkeit der Causalverbindung zwischen Handlung und Erfolg nur überhaupt auf das positive Recht einlassen, bejahen diese Frage, selbst solche Schriftsteller, welche nach allgemeinen Gründen die entgegengesetzte Ansicht für die richtige halten [263]), und die Behauptung Tittmann's [264]), der Gesetzgeber habe bei seiner Disposition nur den gewöhnlichen Fall vor Augen gehabt, und deshalb den ungewöhn-

---

261) a. a. O. §. 117—119. Nur darf man den Umstand, daß die P. G. O. gewisse Handlungen blos als Indicien aufführt, nicht als einen Beweis dafür benutzen, daß sie in eben diesen Handlungen noch keinen strafbaren Versuch finde (wie dies Zachariä nach dem Vorgange Mittermaier's im N. Arch. II. p. 616. thut); denn sie nennt ja als Anzeigen auch solche Handlungen, in welchen unzweifelhaft ein nächster Versuch liegt, z. B. Art. 34.

262) a. a. O. p. 459—466.

263) So namentlich Hepp in s. Versuchen p. 324 flg.

264) Handbuch Th. I. §. 96. Note g.

Digitized by Google

lichen, wo untaugliche Mittel gewählt worden seien, von dem Begriffe des (strafbaren) Versuchs nicht ausschließen wollen, erfuhr vielseitigen Widerspruch [265]). Vielleicht der Einzige, der ihm unbedingt beistimmte, ist Salchow [266]), während Jordan [267]) zwar den mit untauglichen Mitteln unternommenen, nicht aber auch den gegen ein ungeeignetes Object gerichteten Versuch für straflos hält, und Bauer [268]), der im Allgemeinen auch die Anwendung zur Hervorbringung des beabsichtigten Erfolgs in concreto nicht geeigneter Mittel für strafbar hält, nur den Fall, wenn der Handelnde den Versuch mit einem von ihm aus Unverstand gewählten

---

265) S. außer Feuerbach, Lehrbuch §. 42. Note c. u. Mittermaier im N. Arch. I. p. 191. Note 19. unt. And. Roßhirt, Lehrb. §. 43. Note 2. und in s. Entwickelung der Grundsätze u. s. w. p. 309; besonders aber Hepp a. a. O., welcher in der Unterscheidung zwischen dem gewöhnlichen und ungewöhnlichen Falle eine durch nichts zu rechtfertigende und zu allerlei gefährlichen Consequenzen führende Willkühr findet. S. auch Heffter, Lehrb. §. 62. Note 5. und Abegg, Lehrbuch §. 96.

266) Lehrbuch des peinl. Rechts §. 58. Note **).

267) De nonnullis controvers. ad doctrin. de conatu del. spectant. §. 5. u. 8., indem er unter den „Werken" blos die zur Ausführung der Missethat angewendeten Mittel versteht.

268) Anmerkungen zu dem Hannoverschen Entwurfe Th. II. p. 121, und in s. Lehrb. des Strafrechts §. 71. der zweit. Ausg. — Bauer versteht übrigens unter den relativ oder in concreto untauglichen, solche an sich taugliche Mittel, die nur wegen der besonderen Verhältnisse, unter welchen sie angewendet wurden, den beabsichtigten Erfolg nicht hervorbringen konnten, und rechnet zu diesen Verhältnissen namentlich auch die Beschaffenheit des Gegenstandes, welche das Mittel unwirksam macht. S. dessen angef. Anmerkungen Th. I. p. 405 — 407.

Digitized by Google

absolut untauglichen Mittel gemacht hat, von der Disposition des Art. 178. ausschließen zu dürfen glaubt. — Von den beiden neuesten Schriftstellern über den Versuch endlich ist jeder für diejenige Ansicht, welche er nach allgemeinen Principien und nach den Aussprüchen des Römischen Rechts vertheidigen zu müssen glaubte, auch in der P. G. O. eine Bestätigung zu finden bemüht gewesen. So meint Zachariä [269]), die Bestrafung eines Versuchs mit untauglichen Mitteln widerspreche nicht nur dem Geiste des Germanischen Rechts, sondern auch der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes, welches Handlungen verlange, die das Verbrechen hervorbringen können (mögen), und nicht blos solche, welche der Handelnde für dienlich gehalten habe, wie auch die Uebersetzung von Gobler [270]) beweise, und wenn es auch weiterhin im Art. 178. heiße, „solch böser Wille" — solle gestraft werden, so ergebe sich doch aus dem unmittelbar folgenden Zusatz „daraus etliche Werk, als obsteht, folgen," daß es keineswegs nur auf das Dasein des bösen Willens ankomme. Da nun übrigens die „scheinlichen Werke" jede äußere zur Ausführung des Verbrechens vorgenommene Hand-

269) a. a. O. §. 136.

270) Gobler, dessen so sehr vermißte und für die Mehresten ganz unzugängliche Interpretatio Constit. Crim. Car. zugleich mit des Remus Nemesis Carulina, Heidelberg 1837, endlich durch die rastlose Thätigkeit Abegg's Gemeingut geworden ist, übersetzt nämlich die Eingangsworte des Art. 178. so: Si quis maleficium apparentibus factis ad effectum s. completionem maleficii conducentibus molitur s. conatur etc.

lung bezeichneten [271]), so sei damit die Unsträflichkeit aller untauglichen Versuchshandlungen ausgesprochen, ohne Unterschied, ob der Grund der Consummationsunmöglichkeit in der Beschaffenheit des Mittels oder des Gegenstandes liege, und es heiße dem Gesetze Gewalt anthun, wenn man seiner theoretischen Ansicht zu Liebe noch einen Unterschied zwischen den absolut untauglichen Mitteln in das Gesetz hinein interpretire [272]). — Ganz entgegengesetzt und neu ist dagegen die Interpretation Luden's [273]), welcher behauptet, daß der Deutsche Gesetzgeber bei den fraglichen Worten des Art. 178. gar nicht an die Fälle gedacht habe, über deren Bestrafung oder Nichtbestrafung unsere Criminalisten sich gegenwärtig stritten, sondern daß durch dieselben nichts Anderes, als bloße Vorbereitungen des Verbrechens und alle Handlungen, welche man als entfernten Versuch zu bezeichnen pflege, von dem Gebiete des strafbaren Versuchs hätten ausgeschlossen werden sollen. Denn das Wort „scheinlich" bedeute, wie sich aus den Glossarien von **Walch** und **Wachter** ergebe, keineswegs blos etwas, das äußerlich gesehen werden könne, sondern so viel

---

271) Wie schon Hepp a. a. O. gegen Tittmann erinnerte, und was nun Zachariä zur Widerlegung Jordan's l. c. benutzt. Auch Gobler und Remus geben ja die „Werke" durch facta wieder.

272) So unterscheidet namentlich Bauer a. a. O., auf den sich diese Bemerkung Zachariä's zu beziehen scheint, ob die absolut untauglichen Mittel aus Unverstand, oder nur in Folge einer Verwechselung mit an sich tauglichen, auf welche die Absicht des Thäters gerichtet war, angewendet wurden, und behauptet nur im ersteren Falle Strafloſigkeit nach dem Geiste der P. G. O.

273) a. a. O. p. 51, 461, 475 u. 476.

Digitized by Google

als beweisend außer Zweifel stellend [274]), und ein „scheinliches Werk" sei daher ein Werk, welches für irgend Etwas, und im Falle des Art. 178. dafür beweisend sein solle, daß die Vollendung des Verbrechens gewollt worden. Die Worte der Carolina „Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen" enthalten also nur eine nähere Erläuterung des Prädikats „scheinlich", nicht aber sind sie von der Zweckmäßigkeit der angewendeten Mittel, als einem nothwendigen Requisit der Strafbarkeit des Versuchs, zu verstehen; denn „Werke" sind gar nicht blos Mittel, sondern überhaupt Handlungen, und „scheinliche Werke, die zur Vollbringung dienstlich sein mögen" sind Handlungen, deren äußere Beschaffenheit einen Schein, d. h. einen Beweis dafür liefert, daß sie in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, unternommen worden sind.

Sollen wir uns nun bei diesem Widerstreit der Ansichten für einen von den verschiedenen Auslegungsversuchen der in Rede stehenden Worte des Artikel 178. entscheiden; so möchten wir dieser Interpretation Luden's [275]) den Vorzug

274) Auch Zachariä a. a. O. §. 101. a. E. um zu beweisen, daß die Carolina weder die **nuda cogitatio**, noch auch bloße Vorbereitungshandlungen (§. 118) strafe, führt die Belege aus **Walch's Glossarium s. v.** scheinlich an, wonach dieses Wort in der Sprache des Mittelalters nicht etwas blos dem Scheine nach Vorhandenes, Ungewisses, Zweifelhaftes, sondern vielmehr etwas evident in die Sinne Fallendes und Unleugbares heiße, und unter einem „scheinlichen Werk" in Beziehung auf Verbrechen sei daher eine Handlung zu verstehen, welche ihrer äußeren Erscheinung nach ganz unleugbar schon die Gestalt des Verbrechens an sich trage.

275) Wir gestehen offen, nicht ganz frei von einer gewissen Vor-

geben. Zwar provocirt Zachariä, um das Unangemessene der Bestrafung untauglicher Versuchshandlungen nachzuweisen, auf den Geist des Germanischen Rechts; allein er hat dabei außer Acht gelassen, daß dieser Geist, der eben so wenig Gewicht auf die geistige Seite einer Handlung legte, durch den Einfluß des Römischen Rechtes in der Carolina, eine wesentliche Umgestaltung erlitten hat [276]), wie wir oben dargethan zu haben glauben, und wie sich schon daraus ergiebt, daß die unterstandene Missethat in der P. G. O. ganz allgemein für strafbar erklärt worden ist. Auch enthält der Artikel 178. selbst einen Beleg dafür, wenn es in demselben weiterhin heißt: „solch böser Wille (daraus etliche Werk, als obsteht, folgen) ist peinlich zu strafen." Denn wenn auch der Gesetzgeber die hier parenthesirten Worte gewiß absichtlich hinzufügte, um, wie Zachariä bemerkt, dem möglichen Irrthum vorzubeugen, als ob es nur auf das Dasein des bösen

liebe für dieselbe zu sein, und zwar aus dem Grunde, weil wir schon vor dem Erscheinen der Luden'schen Schrift folgende unvollständige Notiz zu dem Art. 178. zur eigenen künftigen Benutzung und weiteren Ausführung niedergeschrieben hatten: „Es ist sehr wahrscheinlich, daß die Carolina durch die Worte „„die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen"" gar nicht die Anwendung untauglicher Mittel von dem Begriffe des strafbaren Versuchs ausschließen, sondern eine anderweite Qualification der Versuchshandlungen andeuten wollte, indem die letzteren, durch ihre Form und Richtung scheinlich, d. h. beweisend, dafür sein sollen, daß es dem Thäter um die Verübung einer Missethat zu thun war." —

276) Hat doch Bauer zum Beweise des graden Gegentheils von dem, was Zachariä als dem Geiste des Germanischen Rechts entsprechend vertheidigt, sich auf den Geist der P. G. O. berufen zu dürfen geglaubt. S. Anmerk. 272.

Digitized by Google

Willens ankomme; so geht doch andrer Seits aus der Art und Weise, wie er sich hier ausdrückt, so viel mit Gewißheit hervor, daß er den bösen Willen als das eigentlich strafwürdige Moment ansieht. Eben so wenig läßt sich wohl in **Gobler's** Uebersetzung der Eingangsworte des Artikels 178. (s. Anm. 270) eine besondere Bestätigung der Ansicht Zachariä's finden, denn **facta ad complectionem maleficii conducentia** auf die Vollendung des (beabsichtigten) Verbrechens gerichtete oder hinführende Handlungen — enthält jeder Versuch, auch der mit untauglichen Mitteln, oder gegen ein nicht geeignetes Object unternommene; dagegen spricht die Paraphrase des **Remus** [277]), welche so lautet: **Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione etc., sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur** — so unverkennbar für Luden's Auslegung, daß jeder Versuch, dies näher nachzuweisen, nur Wortverschwendung sein würde.

Zu diesem Allem kommen nun noch folgende Punkte, welche, so wenig Werth man auch auf jeden einzelnen zu legen geneigt sein mag, doch gewiß in ihrer Vereinigung dazu beitragen, das bisher Gesagte zu unterstützen, und den Sinn, welchen man so allgemein mit den „dienstlich sein mögenden Werken" verbunden hat, zu verdächtigen:

1) Der gänzliche Mangel einer ausdrücklichen und klaren Vorschrift im Römischen Rechte über die Nothwendigkeit der

277) pag. 197 in der Ausgabe Abegg's.

Digitized by Google

objectiven Gefährlichkeit der Verſuchshandlung zu ihrer Strafbarkeit, welche etwa der Carolina hätte zum Muſter dienen können.

2) Der Umſtand, daß auch die Italieniſchen Praktiker etwas Beſtimmtes hierüber nicht enthalten, wogegen ſie darin übereinſtimmen, daß der Verſuch regelmäßig erſt dann ſtrafbar ſei, wenn er mit der Haupthandlung in nächſter Verbindung ſtehe. Zwar meint Luden[278]), die Italiener verlangten nicht, daß der Verſuch im concreten Falle wirklich geeignet geweſen ſei, das Verbrechen hervorzubringen, wie ſich daraus abnehmen laſſe, daß ſie den Mandanten beſtraft wiſſen wollen, auch wenn derjenige, den der Mandatar tödten ſollte, bereits von einem Anderen getödtet war, ingleichen daraus, daß die Strafe der Fälſchung eintreten ſolle, auch wenn dieſe letztere im einzelnen Falle keinen Erfolg haben konnte; allein aus dergleichen einzelnen, nicht ganz genau mitgetheilten[279]) Aeußerungen Einzelner eine allgemeine Regel abſtrahiren zu wollen, dürfte jedenfalls zu gewagt ſein.

---

278) a. a. O. p. 423.

279) Menochius, aus deſſen Anmerk. 251. angef. Quaest. cas. 351. No. 11. Luden den erſten der oben genannten Fälle entlehnt hat, ſagt ausdrücklich: tunc mandans aliqua poena non plectitur, und fügt hinzu, nur nach den Mailändiſchen Statuten verhalte ſich dies anders. Was dagegen den zweiten die Fälſchung betreffenden Fall anlangt, ſo ſagt unter Anderen Angelus Aretinus, unter Berufung auf die gleichlautenden Entſcheidungen des Cynus, Bartolus, Baldus u. Barth. de Saliceto († 1412) ad leg. damus (23) C. de fals. 9. 22. Habeas tamen pro fundamento vero, quod de falsitate quis puniri non potest, nisi talis falsitas sit alicui nocitura: nam si alteri damnum non inferat, licet falsum commissum sit, et dolose, tamen talis falsitas non punietur. cf. Angel. de

3) Läßt ſich auch wohl von einer Geſetzgebung, wie die Carolina, die ſich ſo ſehr nur im Allgemeinen hält, kaum erwarten, daß ſie einer Specialität der Art, wie die Cauſalverbindung zwiſchen Handlung und Erfolg beim Verſuche iſt, ihre beſondere Aufmerkſamkeit ſollte zugewendet haben.

4) Kein einziger von den älteren Commentatoren der P. G. O. bezieht die fraglichen Worte des Art. 178. ausdrücklich auf die Nothwendigkeit des urſachlichen Zuſammenhanges, und folgert etwa daraus, was doch ſo nahe lag, daß auf die Verübung eines Verbrechens zwar abzweckende, aber zur Vollendung nicht geeignete Handlungen ſtraflos ſeien. **Kress** in ſeiner **Commentatio succincta** überſetzt ſie durch **facta externa — atque ad perfectionem maleficii ordinata** und ſagt sub 3, es komme nichts darauf an, ob die Vollendung **a laedendo, sive ab hujus amico, sive a casu fortuito, sive a terrore panico, sive ab ipsis facti circumstantiis** verhindert worden ſei. **Sufficit enim, quod non propriae delictum commissuri voluntati temperamentum vel abstinentia a scelere debeatur.** Eben ſo definirt **Boehmer** in ſeinen **Meditationes ad art. 178. §. I.** den **conatus** als eine **praeparatio et applicatio mediorum ad consummandum crimen certum directorum**, bemerkt §. IV. **quibus factis praeparatio constet, nihil omnino refert, satis est, ea ad eventum, fato interceptum, ordinata esse, et probari posse**, und nennt **ad art. 130. §. III.** als zweiten, mittleren

---

maleficiis in verb. falsario. No. 3. — S. indeſſen auch **Gandinus de malef. Rubr. de falsariis. No. 32 u. 33.**

Digitized by Google

Grad des **conatus veneficii** die **oblatio materiae, quam quis perperam venenosam putavit, et sic animo nocendi porrexit.**

Das Resultat wäre also, daß die P. G. O. eine die objective Gefährlichkeit der Versuchshandlung betreffende Vorschrift gar nicht enthält, indem durch die scheinlichen Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen des Art. 178. in Uebereinstimmung mit der Lehre der Italienischen Praktiker, nur entferntere, die Ausführung des Verbrechens erst vorbereitende Schritte von dem Gebiete des strafbaren Conats ausgeschlossen werden sollen, und daß mithin über die Frage, ob die Strafbarkeit einer Versuchshandlung von der Möglichkeit der Vollendung des beabsichtigten Verbrechens durch dieselbe abhängig gemacht werden dürfe, lediglich die aus dem Römischen Rechte (§. 11.) sich ergebenden Grundsätze die entscheidenden seien.

§. 12.

3. Die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe.

Wenn wir uns am Schluß dieser Abhandlung dem mehr mühsamen als schwierigen Geschäft unterziehen, die Bestimmungen der neueren, und zwar vorzugsweise einheimischen, Landesgesetzgebungen und Entwürfe über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen in möglichster Vollständigkeit zusammenzustellen, so haben wir dabei vornehmlich den Zweck im Auge, dem Leser die Möglichkeit einer Comparative zu gewähren, welche schon darum nicht ohne Interesse ist, weil das hieraus in Beziehung auf unsere Controverse hervorgehende Resultat gewissermaßen als Prüfstein für die Richtig-

Digitized by Google

keit oder wenigstens praktische Brauchbarkeit der einen oder andern Ansicht betrachtet werden kann.

Es könnte auffallen, daß wir von der Darstellung des Rechts der Carolina sofort zu den neueren Territorialgesetzgebungen übergegangen sind, indem auf diese Weise eine Mittelstufe, nämlich die Schilderung der gemeinrechtlichen Praxis seit der P. G. O., ganz übersprungen zu sein scheint; allein diese Lücke ist in der That nur scheinbar, da sich eine **auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum** für die in Frage stehenden Fälle gar nicht nachweisen läßt.

Eben so glauben wir den Erwartungen des Lesers ganz zu entsprechen, wenn wir uns einer besonderen Kritik der einzelnen Bestimmungen überall da enthalten, wo diese nur in einer Wiederholung des früher oder von Anderen bereits Gesagten bestehen könnte. Bei Zusammenstellung der einzelnen Landesgesetze selbst aber wird es am zweckmäßigsten sein, so viel als möglich die chronologische Ordnung zu befolgen, und daher beginnen wir

I. mit dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten (aus dem J. 1794), welches Th. II. Tit. 20. unter den über den Giftmord disponirenden Paragraphen, also nicht bei den allgemeinen Bestimmungen über den Versuch, sondern nur in Beziehung auf ein einzelnes Verbrechen, welches noch dazu zu den schwersten gehört, folgende bemerkenswerthe Vorschrift enthält:

§. 866. „Sind jemandem unschädliche Sachen mit der „Absicht zu tödten beigebracht worden: so soll auf eine sechs„bis zehnjährige Zuchthaus- oder Festungsstrafe erkannt werden."

Digitized by Google

Zachariä [280]), der bei den einzelnen Abschnitten seiner Lehre vom Versuch immer auch die wichtigsten unter den neueren Gesetzgebungen berücksichtigt, behauptet nun unter Berufung auf diesen Paragraphen des Landrechts, es unterliege keinem Zweifel, daß nach preußischem Rechte der Versuch mit untauglichen Mitteln gestraft werden müsse; er scheint somit wenigstens stillschweigend zuzugeben, daß dadurch nicht auch die Strafbarkeit desjenigen ausgesprochen sei, welcher sein Unternehmen gegen ein zur Hervorbringung des beabsichtigten Verbrechens ungeeignetes Object richtete. Allein der §. 866. trägt sowohl seiner äußeren Stellung nach, als in seinen anderweiten Beziehungen zu augenscheinlich den Charakter einer singulären Vorschrift an sich, als daß es erlaubt wäre, das Gebiet seiner Anwendbarkeit auch nur in dem Grade zu erweitern, wie dies Zachariä thut, und schwerlich würde ein Preußischer Richter es wagen, auf den Grund und nach Analogie desselben dergleichen wegen Zweckwidrigkeit der Mittel unvollendbare Versuchshandlungen auch bei allen anderen, und insbesondere bei nicht todeswürdigen, Verbrechen mit Strafe zu belegen. — Einen beschränkteren Sinn legt dagegen Meyer [281]) dem angeführten Paragraphen unter, denn er unterscheidet zwischen absolut und in concreto „unschädlichen Sachen," und ist der Meinung, das Gesetz sei nur von den letzteren zu verstehen. Aus dem, was er weiterhin zur

280) a. a. O. §. 138.

281) Versuch einer Prüfung der Lehre vom Thatbestande u. s. w. nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts. Berlin, 1836. p. 69.

Digitized by Google

Erläuterung dieses Unterschiedes bemerkt, geht so viel hervor, daß er den Versuch mit aus Dummheit gewählten ganz unschädlichen Mitteln (z. B. das Todtbetenwollen) eben so wenig unter der Disposition dieses Paragraphen enthalten glaubt, als die wegen der Ungeeignetheit des Gegenstandes der Verletzung nothwendig erfolglos gebliebenen Unternehmungen [282]); zweifelhaft aber bleibt, bei der Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit [283]) der gewählten Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln, ob er überall, wo der Thäter zwar zweckmäßige Mittel im Sinne hatte, aber wegen eines Irrthums in Ansehung der Qualität [284]) oder in Folge einer Verwechselung zweckwidrige und ganz unschädliche zur Anwendung brachte, Strafbarkeit anerkennt. — In directem Widerspruch mit Zachariä behauptet dagegen ein anderer Preußischer Rechtsgelehrter [285]), die Redactoren des Land-

282) „Die bloße Absicht kann nicht bestraft werden, ebenso wenig „wie ein zufälliger Erfolg, und ebenso wenig kann auch da, wo eine „Wirkung bereits herbeigeführt ist, diese nochmals herbeigeführt wer„den. Daher denn auch an einem Leichnam keine Tödtung verübt „werden kann, auch wenn der Handelnde den Todten für lebend ge„halten." — Eine Tödtung allerdings nicht! aber warum nicht ein Versuch zu tödten?

283) S. z. B. Roßhirt, Abhandlungen civilist. u. criminalist. Inhalts. Bd. I. p. 292, und besonders Luden a. a. O. p. 475. Anmerk. 1.

284) Z. B. er wollte vergiften, und brachte zu diesem Zwecke seinem Opfer flüssiges (reguliniſches) Queckſilber bei, weil er gehört hatte, daß daſſelbe (aber freilich, wie er nicht wußte, nur als Präparat) zu den Giften gehöre.

285) Temme, Handbuch des Preuß. Crim.-Rechts. Leipzig 1837. p. 21 u. 22.

Digitized by Google

rechts seien der Feuerbach'schen Ansicht, also der Straflosigkeit des Conats bei vorhandener Consummationsunmöglichkeit, zugethan gewesen, wie sich aus den vom Versuch redenden §§. 41. und 43. des Landrechts l. c. abnehmen lasse. Denn der §. 41. spreche von der zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung, und §. 43. von solchen Anstalten, daß die gesetzwidrige Wirkung (der vorgenommenen Handlung) nicht erfolgen könne. Indessen das Gezwungene dieser Auslegung der betreffenden Paragraphen, wobei das Requisit der Causalverbindung zwischen der Handlung und dem durch dieselbe herbeizuführenden Verbrechen als nothwendig zur Strafbarkeit eines verbrecherischen Unternehmens [286]) erst in das Gesetz hineingetragen wird, ist zu auffallend, als daß es noch eines besonderen Nachweises bedurfte, und wir begnügen uns deshalb damit, die beiden Paragraphen in der Anmerkung mitzutheilen [287]).

---

286) In demselben Geiste wird auch in Hitzig's Zeitschrift für die Preuß. Crim.-Rechtspflege Bd. II. p. 18 flg. auszuführen versucht, daß die Production einer verfälschten Privatrechnung dann keinen strafbaren Betrug (auch keinen Conat) begründe, wenn das Document aus irgend einem Grunde, und namentlich auch deshalb, weil die Fälschung so ungeschickt vorgenommen war, daß sie gleich beim ersten Anblick in die Augen fiel, zur Erreichung des gesuchten rechtswidrigen Vortheils sich gar nicht qualificire. S. auch dieselbe Zeitschrift Bd. I. p. 69 und Bd. VI. p. 190 u. 191, wo ebenfalls, und zwar auf Grund des §. 42. behauptet, aber nicht bewiesen wird, daß das Preuß. Recht Causalnexus zwischen Handlung und Erfolg zur Strafbarkeit des Versuchs verlange.

287) §. 41: Die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen bloßen Zufall an der letzten zur Ausführung des Verbrechens er-

Digitized by Google

Allein wenn es darauf ankommt, Vermuthungen über die Ansicht der Redactoren des A. L. R. aufzustellen, so möchten wohl folgende für das Gegentheil sprechende Gründe von Erheblichkeit sein:

1) Klein, der bekanntlich bei Ausarbeitung des strafrechtlichen Theiles des A. L. R. wesentlich mitgewirkt hat [288]), war ein entschiedener Vertheidiger der von uns sogenannten Tittmann'schen Ansicht [289]). Eben so waren

2) die damaligen Besitzer des Kammergerichts in Berlin dieser Ansicht zugethan, wie sich aus zwei, freilich nur den Vergiftungsversuch mittelst Queckſilbers betreffenden Urtheilen aus dem Jahren 1788 und 1789 ergiebt, wo selbst in dem einen auf zwei, in dem andern auf drei Jahre Zuchthausstrafe erkannt ist [290]).

---

forderlichen Handlung gehindert wurde. — §. 43: Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; — kann auf Begnadigung Anspruch machen.

288) S. Abegg, Versuch einer Geschichte der Preuß. Strafgesetzgebung im ersten Supplementbande zu Hitzig's Zeitschrift. Berlin 1836. §. 33.

289) Klein, Grundsätze des gem. Deutsch. u. Preuß. peinl. Rechts. Halle 1796. §. 150. Anm. und §. 319 u. 320.

290) S. Klein's Annalen Bd. IV. No. 6 u. 7. Dabei macht Klein p. 64 u. 65 noch die Bemerkung, eine wahre Vergiftung sei weder ausgeführt noch unternommen worden, also könne auch nicht einmal die Strafe der versuchten Vergiftung eintreten, indem es an einem wirklichen Gifte mangele; dagegen habe die Inkulpatin in der Absicht, ihren Ehemann zu vergiften, Alles gethan, was sie zur Ausführung dieses Vorsatzes für dienlich gehalten; ihre böse Absicht sei also in äußerliche Handlung ausgebrochen, und sie könne daher nicht

Digitized by Google

3) Das Preußiſche Recht ſtraft anerkannt ſchon Vorbereitungshandlungen, ſchon die in äußere Handlung ausgebrochene verbrecheriſche Abſicht [291]), und ſtellt nun in Uebereinſtimmung mit dem gemeinen Rechte die Alternative auf: entweder hinderte ein bloßer Zufall das weitere Fortſchreiten in der verbrecheriſchen Thätigkeit; dann hat der Handelnde ſtets Strafe verwirkt: oder er ſtand aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens ab, und traf zugleich ſolche Anſtalten, daß die geſetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen konnte, dann hat er einen Anſpruch auf Begnadigung [292]). Da nun in denjenigen Fällen, um deren Strafbarkeit es ſich hier handelt, von einem freiwilligen Rücktritt durchaus nicht die Rede iſt, im Gegentheil die Ausführung des Verbrechens wider Willen des Thäters an einem ihm unbekannten Hinderniſſe ſcheitert; ſo müſſen auch vorläufige auf die Vollendung gerichtete Anſtalten nach dem Landrechte unbezweifelt dann geſtraft werden, wenn ſie zweckmäßig, d. h. zur Conſummation geeignet waren, und erſt hinterher bei den weiteren Fortſchritten zur Ausführung wider Wiſſen

---

von aller Strafe frei bleiben. Die Beibringung eines vermeintlichen Giftes werde aber willkührlich beſtraft.

291) A. L. R. I. c. §. 42: Hat ein ſolcher Zufall ſchon die vorläufigen Anſtalten zu der ſtrafbaren Handlung unterbrochen: ſo wird die böſe Abſicht nach Verhältniß des Fortſchritts zur wirklichen Vollziehung geahndet. §. 838. a): Iſt die Abſicht zu tödten ſchon in äußerliche Handlungen ausgebrochen, dadurch aber noch kein Schade verurſacht worden; ſo hat der Thäter vier- bis ſechsjährige Zuchthaus- oder Feſtungsſtrafe verwirkt.

292) A. L. R. I. c. §. 43.

Digitized by Google

und Wollen des Handelnden aufhörten dies zu seyn, indem die hier einmal begründete Strafbarkeit höchstens durch freiwilliges Abstehen von der Vollendung wieder aufgehoben werden kann.

Jedenfalls steht so viel fest, daß das Allg. Landrecht eine ausdrückliche und allgemeine, auf alle Verbrechen sich beziehende Vorschrift über die Nothwendigkeit der Causalverbindung zwischen Handlung und Erfolg zur Strafbarkeit des Versuchs nicht, wohl aber ein specielles, den Giftmord betreffendes Gesetz (§. 866.) enthält, in welchem auch objectiv ungefährliche Versuchshandlungen mit einer namhaften Strafe bedroht sind. Daher steht zu erwarten, daß bei der jetzigen Revision des Landrechts den aus dieser Unbestimmtheit hervorgehenden Inkonvenienzen vorgebeugt, und ein ausdrückliches, am zweckmäßigsten in den allgemeinen Theil des Strafrechts aufzunehmendes, Gesetz über die untauglichen Versuchshandlungen überhaupt erlassen werden wird, von dessen näherm Inhalte es dann weiter abhängen dürfte, ob der §. 866. (wenn er anders in seiner jetzigen Fassung stehen bleibt) entweder als eine für nothwendig erachtete Ausnahme[293]), oder nur als eine specielle Anwendung der Regel auf das Verbrechen des Giftmordes zu betrachten sein wird.

II. Das Oesterreichische Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen

293) Im Fall nämlich — was aber wohl kaum zu erwarten steht — der subjective Gesichtspunkt ganz hintangesetzt, und die Feuerbachsche Ansicht zur Regel erhoben werden sollte.

Digitized by Google

(v. J. 1803) enthält Th. I. §. 7. über den Verſuch folgende Beſtimmung:

„Zu einem Verbrechen iſt nicht nöthig, daß die That „wirklich ausgeführt werde, ſchon der Verſuch einer Uebel„that iſt das Verbrechen, ſobald der Bösgeſinnte eine „zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternom„men hat, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen „Unvermögenheit, wegen Dazwiſchenkunft eines fremden Hin„derniſſes, oder durch Zufall unterblieben iſt.“

Da dieſes Geſetz, nach unſerm Dafürhalten, ſich weder für noch gegen die Nothwendigkeit der objectiven Gefährlichkeit der Verſuchshandlungen zu ihrer Strafbarkeit mit Beſtimmtheit entſcheidet, vielmehr die darin enthaltenen Abänderungen der älteren Joſephiniſchen Geſetzgebung nur zu dem Zwecke vorgenommen zu ſein ſcheinen, um das Gebiet des ſtrafbaren Conats rückſichtlich ſeines Anfangspunktes in etwas engere Schranken zu faſſen [294]); ſo würden wir daſſelbe ganz mit Stillſchweigen übergangen haben, wenn nicht eben darüber ſich ein Streit entſponnen hätte zwiſchen den verſchiedenen Commentatoren deſſelben, indem bekanntlich Pratobevera [295]) beſonders aus den Worten: „ſobald der Bös-

294) In Joſeph's II. Allgemeinem Geſetz über Verbrechen und derſelben Beſtrafung. Wien 1787, heißt es nämlich Art. 9: — — Schon der Verſuch der Uebelthat iſt ein Criminalverbrechen, ſobald der Bösgeſinnte zur wirklichen Ausübung derſelben ſich anſchickt, und ſein Vorhaben durch äußerliche Kennzeichen und eine Handlung offenbart hat u. ſ. w.

295) Materialien zur Geſetzkunde für die Oeſterreichiſchen Staaten. Bd. 6. p. 358 ff.

Digitized by Google

gesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat", die Unstraflichkeit der untauglichen Versuchshandlungen, die ja nie zur wirklichen Ausübung führen könnten, zu deduciren sucht [296]), während Jenull [297]) und mit ihm Egger [298]) zum Theil die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen [299]). Beide Theile beschränken sich aber bei ihren Deductionen nicht auf eine einfache Auslegung des angeführten §. 7., sondern bedienen sich dabei auch theils allgemeinrechtlicher, theils solcher Gründe, welche aus dem Geiste des ganzen Oesterreich. Strafgesetzbuches abstrahirt sind. Auf eine genaue Kenntniß des letztern müssen wir Verzicht leisten, während in Ansehung der erstern eine Verweisung auf unsere frühere Ausführung genügen wird. — Aehnlich wie das Preuß. Landrecht enthält auch

III. der in vieler Hinsicht ausgezeichnete, jedoch nicht in Wirksamkeit getretene, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Italien v. J. 1806 [300]) nur in Beziehung auf das Verbrechen der Tödtung im Art. 439

296) S. das N. Arch. Bd. X. p. 552 und desselben Arch. Neue Folge, Jahrg. 1836. p. 261 u. 262.

297) Oesterreich. Criminalrecht nach seinen Gründen und s. Geiste dargestellt. Thl. I. p. 194 der zweiten Ausg. Grätz 1820.

298) Kurze Erklärung des Oesterr. Crim.-Rechts. Bd. I. §. 7.

299) S. N. Arch. am zuletzt angef. O. und besonders Zachariä a. a. O. §. 137. Anm. 5., wo er sich gegen die allerdings etwas gesuchten Distinctionen Jenull's erklärt.

300) Progetto di Codice penale pel regno d'Italia, ausgearbeitet von den Professoren Nani und Rafaelli, und gedruckt mit den Motiven in Collezzione dei travagli sul Codice penale. Brescia 1807. Vol. I.

folgende die Anwendung untauglicher Mittel betreffende Strafbestimmung:

Chi avendo in animo di commettere omicidio usa per errore di un mezzo non idoneo alla consummazione del delitto, è punito con casa di correzione non minore di un anno.

Mit Recht aber haben schon die Revisoren des Entwurfs und spätere Beurtheiler [301]) erinnert, daß hierbei zu wenig auf die Verschiedenheit der Fälle Rücksicht genommen worden sei, so wie es denn aus eben diesem Grunde zweckmäßiger sein dürfte, dem Ermessen des Richters vielmehr durch Bestimmung eines nicht zu überschreitenden Maximums Schranken zu setzen, als ihn, wie hier geschehen ist, zu nöthigen, wenigstens auf einjähriges Correctionshaus zu erkennen. — Weniger entschieden spricht sich über unsere Frage

IV. der **Code pénal** vom J. 1810 aus, wenn er in beinahe wörtlicher Uebereinstimmung mit dem bereits von dem Rathe der Fünfhundert erlassenen Gesetz vom 22. Prair. des Jahres IV, im Art. 2. folgende Disposition aufstellt:

Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivi d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considerée comme le crime même.

Indessen hat man theils wegen der Worte „commen-

301) S. Lelièvre, Commentat. de conatu delinqu. p. 377—382.

cement d'exécution", wodurch allein schon auf die Nothwendigkeit einer Causalverbindung zwischen Handlung und Erfolg hingedeutet werde, theils und hauptsächlich wegen Art. 301. des Code, welcher zum Giftmorde, also bei einem der schwersten Verbrechen, eine Substanz verlangt, die den Tod verursachen kann, vermöge eines Schlusses **a majore ad minus**, fast allgemein auch in Frankreich angenommen, daß jedes auf die Verübung eines Verbrechens abzweckende Unternehmen, welches den Grund der Consummationsunmöglichkeit schon in sich selbst trage, straflos sein müsse [302]).

V. Rücksichtlich des Strafgesetzbuches für das Königreich Baiern v. J. 1813 wurde schon bei einer andern Gelegenheit [303]) bemerkt, daß die Redaction den zweiten Absatz des §. 60. in dem von Feuerbach ausgearbeiteten Entwurfe, in welchem die objective Gefährlichkeit der Versuchshandlung als Bedingung ihrer Strafbarkeit ausgesprochen war, ganz gestrichen habe, so daß nun im Art. 57. des Gesetzbuchs selbst nur gesagt ist, ein strafbarer Versuch sei vorhanden, wenn eine Person in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, äußerliche Handlungen vorgenommen habe, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet seien. Um jedoch jeden Zweifel über die wahre Absicht dieser Aenderung des

---

302) S. Lelièvre l. c. p. 225—227, die daselbst angeführten Motive und Anmerkungen zum Code (bes. zu Art. 2, 300, 301 und 317) und Urtheile des Cassationshofes; ingleichen Mittermaier im N. Arch. Bd. X. p. 225 und Zachariä a. a. O. §. 137.

303) S. oben Anmerk. 28.

Digitized by Google

Entwurfs zu beseitigen, erklären die nach den Protokollen des Königl. Geheimen Raths (freilich nicht vom Verfasser des Entwurfs) ausgearbeiteten und zugleich mit dem Strafgesetzbuche erschienenen officiellen Anmerkungen zu dem letztern [304]), welche die Stelle einer authentischen Auslegung vertreten, daß es auf die Beschaffenheit des gewählten Mittels nicht ankomme, wenn nur die Handlung in der Absicht des Handelnden zu dem Verbrechen im Verhältniß eines Mittels zum Zwecke stehe, und in diesem Sinne verlange der Art. 57. auch nur, daß die äußere Handlung auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet sei [305]).

---

304) Bd. I. p. 182 u. 183 vergl. mit p. 177 u. 178.

305) Die Schicksale dieses Gesetzbuches, welches so vielen legislativen Producten zum Vorbilde gedient hat, und welchem in seinem ganzen Umfange nur von Auslande her eine eben so gerechte Würdigung als kräftige Vertheidigung gegen die zum Theil gehässigen und aus persönlichen Rücksichten entsprungenen Anfeindungen erfahren sollte, sind bekannt. Es wurde so viel an demselben gemeistert und zum Theil gegen den Sinn seines Urhebers in dasselbe hinein interpretirt, daß man es schon einige Jahre nach seinem Erscheinen für nöthig hielt, eine gänzliche Umarbeitung vorzunehmen, die jedoch so wenig den erregten Erwartungen entsprach, daß sie gar nicht zur Discussion bei den Landständen gelangte, sondern einer Commission zur Revision übergeben, und deren Arbeit dann einer nochmaligen Revision unterworfen und 1831 den Kammern mitgetheilt wurde. Das Vorzüglichste, was zur Beurtheilung des Gesetzbuchs sowohl, als zur Prüfung des Gönner'schen Entwurfs gesagt ist, enthalten die Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophie des geistreichen und scharfsinnigen Oersted, 3 Bde., Kopenhagen 1818, 1823 und 1826. — Ueber den Entwurf v. J. 1827 s. Mittermaier im N. Arch. Bd. X. p. 144 flg. und p. 267 flg. und von Schmidtlein, Prüfungen und Erörterungen, die neue Baierische Gesetzgebung be-

Digitized by Google

Des Zusammenhanges wegen wollen wir hier gleich die betreffenden Bestimmungen aus den drei nach und nach erschienenen neueren Entwürfen zu einem Strafgesetzbuche für Baiern aufführen.

1) Der (Gönnersche) Entwurf v. J. 1822 hielt es für hinreichend, im Art. 46. zu bestimmen: „Ein Versuch ist vorhanden, wenn eine Person in der Absicht, ein Verbrechen zu verüben, eine äußerliche Handlung vorgenommen hat, welche als ein Anfang der Ausführung (commencement d'exécution) des bezielten Verbrechens anzusehen ist". Ob aber hiernach auch untaugliche Versuchshandlungen gestraft werden sollten, darüber konnte gestritten werden, und deshalb machte

2) der revidirte Entwurf v. J. 1827, welcher dem Gesetzbuche weniger unähnlich ist, als sein Vorgänger, den Zusatz: „Durch die Wahl und Anwendung unzweckmäßiger, jedoch für dienlich gehaltener Mittel, wird die Strafe des Versuchs nicht ausgeschlossen" —; während

3) der neueste Entwurf vom J. 1831 im Art. 47. Distinctionen macht, durch welche nach dem Urtheile Wächter's [306]) der vorige Entwurf eine reformatio in pejus erlitten hat.

---

treffend. München 1828, und über den neuesten Entwurf Wächter im N. Arch. Bd. XIV. p. 305 flg.

306) Im N. Arch. Bd. XIV. p. 327.

Digitized by Google

VI. Im Herzogthum Oldenburg wurde bekanntlich im Jahre 1814 das Baieriſche Strafgeſetzbuch eingeführt, und ob es wohl bei ſeiner Reception manche ſehr wichtige und weſentliche Modificationen erlitt, ſo iſt doch, wie ſich aus einem Berichte Mittermaier's [307]) abnehmen läßt, der Art. 57. unverändert geblieben.

VII. Der Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino vom J. 1816 erklärt zwar im Art. 47:

„Non vi è attentato di delitto per sua natura d'im-
„possibile esecuzione, o per l'oggetto, o per la natura dei
„mezzi" —

und wird deshalb auch von den Vertheidigern der Feuerbach'ſchen Anſicht [308]) als Beiſpiel einer Geſetzgebung angeführt, welche die Strafloſigkeit der untauglichen Verſuchshandlungen ausdrücklich anerkennt; allein man hat dabei doch eine andere merkwürdige Beſtimmung deſſelben Geſetzbuches unbeachtet gelaſſen. Es findet ſich nämlich unter den das Verbrechen der Tödtung betreffenden Vorſchriften ein Artikel (259) folgenden Inhalts:

„E punito come reo di attentato chi avendo in animo

---

307) Ebendaſelbſt Bd. IV. p. 162 fig., wo Mittermaier eine Ueberſicht der hauptſächlichſten Abweichungen des Oldenburg. Geſetzbuches liefert. S. übrigens auch Lelièvre l. c. p. 430, welcher bezeugt, daß die über den Verſuch disponirenden Art. 45—51 des Oldenburgiſchen ganz übereinſtimmen mit den Art. 57—63 des Baieriſchen Geſetzbuches.

308) Namentlich von Mittermaier im N. Arch. Bd. X. p. 553 und von Zachariä a. a. O. §. 137.

di commettere un omicidio, usa per errore di un mezzo non idoneo alla consummazione del delitto —

wonach also, wer aus Irrthum sich eines zur Vollendung des Mordes nicht geeigneten Mittels bedient, eben so bestraft wird, wie derjenige, welcher zwar taugliche Mittel anwendete, aber aus anderen Gründen seinen Zweck nicht erreichen konnte [309]).

VIII. Das Strafgesetzbuch für den Kanton Luzern vom J. 1836 bedroht zwar im §. 38. auch den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln, jedoch, gleich dem Entwurfe für Italien (oben Nr. 3.), nur mit einer correctionellen Strafe [310]).

IX. Unter den zur Zeit noch nicht zu Gesetzbüchern erhobenen Projecten definirt

1) der Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach vom J. 1823, welchem ebenfalls das Baierische Gesetzbuch zum Grunde liegt, im Satz 32. den Versuch als

„jede äußere Handlung oder sinnlich wenigstens durch „ihre Folgen wahrnehmbare Unterlassung, welche von einer „zurechnungsfähigen Person in der Absicht, ein Verbrechen zu

---

309) Ueber die Vereinigung dieses Art. mit dem vorher angeführten 47sten s. Lelièvre l. c. p. 431.

310) S. Mittermaier im N. Arch. Jahrg. 1836. p. 398. — Das im J. 1835 publicirte Strafgesetzbuch für den Kanton Basel-Stadttheil bedroht auch schon Vorbereitungshandlungen mit Strafe, s. dass. Arch. Jahrg. 1835. p. 533, ob es aber auch eine specielle Bestimmung über die untauglichen Versuchshandlungen enthält, ist mir nicht bekannt.

Digitized by Google

„begehen, auf deſſen Vorbereitung oder Vollbringung gerich„tet, und dazu (abgeſehen von der Tauglichkeit oder „Untauglichkeit der Mittel) als Thun oder Unterlaſſen „dienlich iſt, gleichwohl zur Vollendung des bezweckten Ver„brechens nicht genügt“[311]).

2) Der von Bauer ausgearbeitete und zugleich mit Bemerkungen verſehene Entwurf eines Strafgeſetzbuches für das Königreich Hannover[312]) beſtimmt im Art. 47.:

„Der Verſuch eines Verbrechens wird dadurch nicht „ſtraflos, daß der Thäter untaugliche (jedoch für tauglich „gehaltene) Mittel zu ſeinem Zwecke verwendet hat, wiewohl „bei Zumeſſung der Strafe auf dieſen Umſtand die erforder„liche Rückſicht genommen, und beſonders darauf geſehen „werden muß, ob die angewendeten Mittel an und für ſich „ganz untauglich waren, oder nur unter den beſonderen Ver„hältniſſen und nach der Art ihres Gebrauches ihre gewöhn„liche ſchädliche Wirkung nicht haben konnten.“

---

311) S. Mittermaier im N. Arch. Bd. VI. p. 378 flg., insbeſondere p. 387 Note 6. — Daß übrigens die wegen Ungeeignethei des Gegenſtandes unvollendbaren verbrecheriſchen Unternehmungen nicht mit begriffen ſeien unter der obigen Dispoſition, erhellt deutlich aus ihrer Faſſung. Anders in dem gleich folgenden Hannoverſchen Entwurfe.

312) Göttingen 1826. — Eine Rechtfertigung dieſes Entwurfs und insbeſondere auch des Art. 47 gegen die Angriffe eines ungenannten Kritikers (Gans, Kritiſche Beleuchtung des Entwurfs eines Strafgeſetzbuches für das Königreich Hannover. Celle 1827 u. 1828), ent-

Digitized by Google

Auch scheint der revidirte Entwurf eines Criminal-Gesetzbuches für das K. Hannover vom Jahre 1830 [313]) eine materiell wesentliche Abweichung von dem Art. 47. des Bauer'schen Entwurfs nur in sofern zu enthalten, als bei der im Jahr 1834 darüber gepflogenen Berathung der Stände zu dem unseren Gegenstand betreffenden Art. 34., um das berüchtigte Todtbeten von dem strafbaren Versuche auszuschließen, der Zusatz beantragt und angenommen wurde, daß die auf Ausführung eines Verbrechens gerichteten Handlungen straflos bleiben sollten, wenn dieselben den verbrecherischen Zweck durch eine blos abergläubische Einwirkung zu erreichen bestimmt waren [314]).

3) Der hauptsächlich von Escher [315]) ausgearbeitete Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Kanton Zürich vom J. 1829 (welcher nicht in den Buchhandel gekommen zu sein scheint [316]), geht ebenfalls von der An-

---

hält der Göttinger 1828 erschienene 2te Theil der Anmerkungen zu dem Entwurfe. Hierher gehört vorzugsweise das daselbst p. 117—133 Gesagte.

313) S. Mittermaier im N. Arch. Bd. XII. p. 173 flg., bes. p. 189 und Bauer, Vergleich des ursprüngl. Entw. u. s. w. mit dem revidirten Entwurf. Göttingen 1831.

314) S. die Mittheilungen aus den Verhandlungen der Hannoverschen Ständeversammlung von Zachariä im N. Archiv. Jahrgang 1835. p. 452.

315) S. dessen Vier Abhandlungen über Gegenstände der Strafrechtswissenschaft u. s. w. Zürich 1822. p. 5.

316) S. aber Mittermaier im N. Arch. Bd. XII. p. 192—199.

Digitized by Google

ſicht des Baieriſchen Geſetzbuchs (ſ. oben Nr. 5.) aus, daß nämlich die Beſchaffenheit des gewählten Mittels für den Begriff des Verſuchs gleichgültig ſei, ſobald nur überhaupt eine äußerliche Handlung vorliege, welche nach der Abſicht des Handelnden Mittel zur Rechtsverletzung ſein ſollte[317]), und ſucht die Härte, welche in der gleichen Strafbarkeit aller darunter begriffenen Fälle liegen würde, durch die Verordnung zu vermeiden:

daß ein Verſuch, welcher wegen völliger Untauglichkeit der aus Dummheit gewählten Mittel nothwendig ſcheitern mußte, und alſo nie eine wirkliche Gefahr brachte, niemals als ein nächſter Verſuch, ſondern nur als entfernter Verſuch zu beſtrafen ſei[318]).

Ob und in wie weit aber der neueſte Entwurf für den genannten Kanton[319]) von dieſer Beſtimmung ſeines Vorgängers abgewichen ſei, iſt uns zwar nicht gelungen in Erfahrung zu bringen, indeſſen berechtigt doch der Umſtand, daß darin auch ſchon die Vorbereitung zu dem Verbrechen, der entfernte Verſuch, mit Strafe bedroht iſt, zu der Annahme, daß man wenigſtens die Grundanſicht, von welcher der frühere Entwurf bei Feſtſetzung der Grenzen des ſtrafbaren Verſuches ausging, nicht werde verlaſſen haben.

---

317) Alſo Conſummationsunmöglichkeit, ſie mag nun in den Mitteln oder in dem Gegenſtande der Verletzung ihren Grund haben, ſchließt die Strafbarkeit nicht aus.

318) S. Eſcher a. a. O. p. 167.

319) Zürich 1835. S. darüber Mittermaier im N. Archiv, Jahrg. 1835. p. 422 flg.

Digitized by Google

4) Genauer als die bisher angeführten Gesetzgebungen und Entwürfe disponirt über unsere Frage der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Würtemberg [320]) vom J. 1835 im Art. 66.:

„Ist der Versuch deswegen mißlungen, weil der Thäter „aus Irrthum oder Verwechselung ein untaugliches Mittel gebraucht, oder ein an sich taugliches auf eine „unzweckmäßige Art angewendet hat: so kommt die „Strafe des Art. 59. (des nicht beendigten Versuchs) [321]), „und wenn die vollendete That mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, die im zweiten Absatze „des Art. 62. bestimmte Strafe [322]) zur Anwendung."

„Dieselbe Strafe tritt ein, wenn der Versuch deswegen mißlungen ist, weil irrigerweise bei einer Person oder „Sache eine Eigenschaft vorausgesetzt worden war, ohne „welche das beabsichtigte Verbrechen an derselben nicht begangen werden konnte."

Allein wenn es auch rathsam und zur Vermeidung einer zu großen Ungleichförmigkeit in den Entscheidungen

---

320) Stuttgart und Tübingen 1835. Die einen mäßigen Octavband füllenden Motive erschienen ebendaselbst 1836. — Beurtheilungen haben geliefert Mittermaier im N. Arch. Jahrg. 1835. p. 420 flg. und Abegg, Beiträge zur Kritik des Entw. u. s. w. Neustadt a. O. 1836. — Ueber die früheren Entwürfe v. 1823 u. 1832, s. Mittermaier in dems. Arch. Bd. VI. p. 634 flg. und Wächter ebendas. Jahrg. 1834. p. 303 flg.

321) Diese beträgt wenigstens ein Drittheil der auf das vollendete Verbrechen gesetzten Strafe.

322) d. h. Zuchthaus nicht unter acht Jahren.

Digitized by Google

selbst nothwendig erachtet werden muß, dem Richter gewisse Anhaltpunkte zu geben, von welchen er sich bei Ausmessung der Strafe in concreto leiten lassen soll; so dürfte doch der hier gewählte Ausweg, wonach ein im Gesetz namhaft gemachtes Minimum nie überschritten werden darf, der weniger empfehlenswerthe, und die nothwendige Folge davon eine für den einzelnen Fall nicht selten unverhältnißmäßige Härte sein. — Dagegen könnte man

5) dem Vorschlag zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Norwegen [323]) in gewisser Beziehung den entgegengesetzten Vorwurf zu großer Unbestimmtheit machen. Denn da im Cap. III. §. 5. dieses Entwurfs nur gesagt ist:

„Versuch zur Ausführung eines Verbrechens wird bestraft, wenn auch die Mittel, die der Schuldige benutzt, „und die er für dienlich zur Ausführung des Verbrechens gehalten hat, an und für sich dazu durchaus untauglich „gewesen sind, oder entweder vermittelst besonderer Umstände, welche Statt gefunden haben, oder wegen der Art „und Weise, wie der Thäter dieselben benutzt hat, nicht die „gewöhnliche schädliche Wirkung gehabt haben" —

so ist zwar dadurch jeder Zweifel über die Zulässigkeit einer Strafe überhaupt gehoben; allein im Uebrigen weiß

323) Auf Veranstalten der Gesetzcommission aus dem Norwegischen übersetzt v. F. Thaulow. Christiania 1835. S. darüber Mittermaier im N. Arch. Jahrg. 1835. p. 428 flg., und vorzüglich Abegg, Krit. Betrachtungen über den Entw. eines Strafgesetzb. f. d. Königr. Norwegen. Neustadt 1836.

Digitized by Google

man in der That nicht, ob dergleichen unschädliche Unternehmungen auf ganz gleicher Stufe mit jedem andern an sich vollendbaren Versuche stehen, oder ob die in der eigenthümlichen Beschaffenheit der dabei gebrauchten Mittel oder in den besonderen dabei Statt gefundenen Umständen liegende Consummations-Unmöglichkeit ein Moment zur gelinderen Beurtheilung derselben abgeben solle [324]).

6) Der Entwurf zu einem Criminal-Gesetzbuche für das Königreich Sachsen [325]) vom Jahre

---

324) Die ebenfalls von Thaulow in das Deutsche übersetzten Motive zu dem Norwegischen Entwurfe (Christiania 1835. 4.) sprechen sich zwar p. 71 u. 72 sehr genau über die möglicher Weise hierbei vorkommenden Verschiedenheiten und namentlich auch darüber aus, daß zu den besonderen Verhältnissen, welche die beabsichtigte Wirkung der an sich tauglichen Mittel vereitelten, auch der Fall gehöre, wenn die Person oder Sache, mit Rücksicht auf welche der Versuch gemacht wurde, von der Beschaffenheit waren, daß das Mittel an denselben nicht zum Zwecke führen konnte; allein Etwas zur Beseitigung des oben angeregten Zweifels findet sich in denselben nicht. Denn die p. 72 vorkommende Aeußerung, das Ausbleiben der beabsichtigten schädlichen Wirkung könne bei Beurtheilung der Strafbarkeit des Thäters nicht anders betrachtet werden, als wenn dasselbe durch irgend einen zufälligen, außer der Willkühr des Handelnden liegenden Umstand veranlaßt worden wäre, soll wohl mehr nur die im Entwurf anerkannte Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen im Allgemeinen rechtfertigen, als daß man dadurch zugleich deren gleiche Strafbarkeit mit jedem anderen Versuche hätte aussprechen wollen, worin sonst eine unerhörte Härte liegen würde.

325) Er erschien als Theil der Landtagsacten v. J. 1836. — S. darüber Herrmann, Zur Beurtheilung des Entw. eines Criminalgesetzbuchs für das Königr. Sachsen, Leipzig 1836; ingl. die Schrift: Ueber den Begriff des Verbrechens aus dem Standpunkte des Gesetzgebers, ebendas. 1837, bes. p. 37—39 gegen die Ausstellungen bei

Digitized by Google

1836 disponirt in zwei verschiedenen Artikeln [326]) über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen, nämlich Capitel III. Art. 24.:

„Ist bei einem beabsichtigten Verbrechen der Verbrecher „a) durch äußere Umstände an der Vollendung der unternommenen gesetzwidrigen Handlung verhindert, oder — — „hat er c) zu der Ausführung des von ihm beabsichtigten „Verbrechens irriger Weise oder aus Mangel an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt, oder „d) das gewählte taugliche Mittel in unzureichender oder unzweckmäßiger Art angewendet, so ist auf eine verhältnißmäßig geringere Strafe, als die auf die vollendete verbrecherische That gesetzte, zu erkennen."

Art. 25:

„Konnte an dem Gegenstande, gegen welchen die gesetzwidrige Handlung gerichtet war, eine Rechtsverletzung nicht begangen werden, so ist der Thäter mit einer „dem Grade des an den Tag gelegten gesetzwidrigen Willens „angemessenen Strafe bis zu vierjährigem Arbeitshause „zu belegen."

Herrmann p. 72—73; ferner Vogel, Krit. Bemerkungen über die Entwürfe u. s. w., ebendas. 1836, bes. p. 184—187. — Mittermaier im N. Arch. Jahrg. 1836. p. 395 flg., bes. p. 608 u. 609, und Abegg, Beiträge zur Kritik des Entwurfs zu einem Criminalgesetzbuche für das Königreich Sachsen. Neustadt 1837.

326) Aehnlich schon die früheren Entwürfe von Tittmann (1813) und von Stübel (1824).

Digitized by Google

Herrmann, ein Anhänger der Feuerbach'schen Ansicht, macht in seiner Beurtheilung dem Entwurfe hierbei einen doppelten Vorwurf. Einmal nämlich, behauptet er, trete die sub lit. c) angeführte Bestimmung des Art. 24. in Widerspruch mit Art. 27., welcher letztere nur diejenigen Handlungen für strafbaren Versuch erkläre, die den wirklichen Beginn der Ausführung des Verbrechens enthielten, und man doch von demjenigen, welcher untaugliche Mittel anwende, nicht sagen könne, daß er die Ausführung des Verbrechens begonnen habe [327]). Sodann aber findet er die Disposition des Art. 25. nicht erschöpfend; indem sich mancherlei Fälle denken ließen, welche dem Wortlaute nach straflos bleiben müßten, obgleich sie nach der dem genannten Art. zu Grunde liegenden Ansicht dies keineswegs sollten [328]).

Allerdings sind die Worte des Art. 25.: „Konnte an dem Gegenstande — eine Rechtsverletzung nicht begangen werden" nicht ganz glücklich gewählt [329]), und wollte man diese Art der Fassung einmal beibehalten, so wäre statt „eine" wohl „die beabsichtigte" vorzuziehen gewesen, da z. B. der Eigenthümer an einer ihm zugehörigen Sache zwar nicht füglich einen Diebstahl begehen, dieselbe aber dennoch für Dritte, und unter Umständen selbst für ihn, Object

---

327) Herrmann a. a. O. p. 73.

328) Derselbe ebendas. p. 76 u. 77.

329) Offenbar hat man dabei zu einseitig nur an den gegen einen für lebend gehaltenen Leichnam gerichteten Tödtungsversuch und Aehnliches gedacht.

Digitized by Google

einer Rechtsverletzung sein kann: gleichwie an einer vermeintlich Schwangeren jedes andere Verbrechen, nur gerade nicht das **crimen abortus procurationis** begangen werden kann. Indessen hat der Einwand, welchen der genannte Beurtheiler macht, im Ganzen wenig auf sich. Denn lassen sich auch Fälle denken, welche nicht unter dem Wortlaute des Art. 25. subsumirt werden können, so werden sie sich doch nach dem Geiste desselben als strafbar darstellen, und dies genügt, da der Entwurf im Art. 1. ausdrücklich bestimmt, daß seine Vorschriften auf solche Handlungen oder Unterlassungen Anwendung finden sollen, welche entweder ausdrücklich oder nach deren unverkennbarem Geist und Sinn mit Strafe bedroht sind.

Was hingegen die zuerst angeführte Ausstellung Herrmann's, den angeblichen Widerspruch des Art. 24. lit. c. mit Art. 27. anlangt, so haben wir uns schon an einer früheren Stelle [330]) über das Paradoxon **Rossi's: L'idée du commencement suppose la possibilité d'atteindre le but,** von welchem sich Herrmann hierbei hat leiten lassen, genügend ausgesprochen [331]).

Was an der Disposition des Entwurfs auffallen könnte, ist der Umstand, daß man im Art. 25. ein Maximum (vierjähriges Arbeitshaus) vorzuschreiben für nöthig befunden hat, während die unter Art. 24. lit. c. gehörigen Fälle, ungeachtet

330) S. oben p. 84 flg.

331) S. übrigens jetzt auch Hepp im N. Arch. Jahrgang 1836. p. 258 u. 259.

Digitized by Google

auch bei ihnen Consummations-Unmöglichkeit das Haupt-kriterium ist, ohne alle nähere Angabe ihrer Strafwürdigkeit gelassen sind, so daß es, wie bei dem Norwegischen Entwurfe, zweifelhaft bleibt, ob sie der Gesetzgeber überhaupt aus einem milderen Gesichtspunkte beurtheilt wissen wolle, oder nicht.

7) Im Entwurf eines Straf-Gesetzbuches für das Großherzogthum Baden [332]) vom J. 1836 finden sich im Tit. IV. folgende unseren Gegenstand betreffende Vorschriften:

§. 95. „Die Strafe des Versuchs fällt nicht weg, „wenn der Handelnde zur Ausführung des beabsichtigten Ver-„brechens aus Verwechselung oder Irrthum sich eines „untauglichen Mittels bedient hat, während er ein an „und für sich taugliches anzuwenden glaubte."

§. 96. „Hat dagegen der Handelnde aus Unverstand „oder abergläubischem Wahn zur Ausführung des be-„absichtigten Verbrechens Mittel gebraucht, welche dazu un-„ter keinerlei Umständen dienlich sein können, so „bleiben die Versuchshandlungen straflos."

---

332) Nach den Berathungen der Großherzogl. Gesetzgebungscommission. Karlsruhe 1836. Abgedruckt, mit voraufgeschickten kritischen Bemerkungen Abegg's, in den von Demme und Klunge fortgesetzten Hitzig'schen Annalen der deutschen und ausländischen Crim.-Rechtspflege. Bd. III. Abtheil. 1. p. 55—82. Ebendas. und zwar Bd. I. Abtheil. 2. p. 361 flg. sind auch die Motive zu dem Entwurfe mitgetheilt. — Außer dem angef. Abegg hat noch Heffter eine Beurtheilung dieses Entwurfes geliefert im N. Arch. Jahrg. 1837. p. 325—352.

Digitized by Google

Wie in vielen anderen Stellen dieses von dem Geist der Milde beseelten Entwurfs, so treten auch bei diesen Bestimmungen über den Versuch mehrere, und zwar vornehmlich zwei Eigenthümlichkeiten hervor, an welchen sofort der Einfluß Mittermaier's, eines Mitgliedes der Großherzogl. Gesetzgebungs-Commission, sichtbar wird. Nämlich

a) die Art und Weise, wie zwischen der Wahl und Anwendung untauglicher Mittel unterschieden [333]), und je nach dieser Verschiedenheit für die eine Classe von Versuchshandlungen Strafbarkeit, für die andere Unsträflichkeit ausgesprochen wird. — Die Motive, welche bei Bestimmung des Umfanges des Strafgebietes von dem Grundsatze ausgehen, daß nur diejenigen Handlungen, welche die Rechtsordnung in der bürgerlichen Gesellschaft stören oder gefährden, und zu deren Abwendung oder sicheren Wiederaufhebung Zwangsmittel anderer Art nicht ausreichen, mit Strafen bedrohet werden sollen und dürfen [334]), versuchen nun die in den angeführten Paragraphen des Entwurfs aufgestellte Ansicht, zu welcher sich auch Mittermaier in seiner Beurtheilung des Sächsischen Entwurfs äußersten Falls verstanden hat [335]), als eine Folge jenes Grundsatzes zu recht-

333) Ueber die einigem Zweifel Raum gebende Fassung des §. 95. in den Worten „Irrthum oder Verwechselung", welche den Gegensatz zu dem „Unverstand oder abergläubischen Wahn" im §. 96. bilden sollen, s. Heffter a. a. O. p. 340.

334) S. die angef. Annalen Bd. I. Abth. 2. p. 380.

335) S. N. Arch. Jahrg. 1836. p. 609, während er früher zwischen absolut und in concreto untauglichen oder unzureichenden Mitteln unterschied — eine Distinction, welche, wie leicht zu sehen,

Digitized by Google

fertigen, indem sie meinen, daß nur die Handlungen und Handelnden der im §. 95. des Entwurfs bezeichneten Art die Rechtsordnung stören und gefährden möchten, weil der Handelnde nach entdecktem Irrthum denselben verbessern werde[336]), während von dem Unverstand oder Aberglauben, der den Nachbar durch sympathetische Mittel, Zauberformeln oder Gebete und dergleichen zu tödten oder zu beschädigen versucht habe, in der That doch nicht eben dasselbe angenommen werden könne. — Da übrigens der Entwurf nur zwei Grade des Versuchs kennt, und von §. 91. an über den entfernten Versuch disponirt, während erst §. 97. die Ueberschrift: „Nächster Versuch" führt; so liegt schon in der Stellung der §§. 95. und 96. die Andeutung, daß der Versuch mit untauglichen Mitteln, in so weit er überhaupt nach dem Entwurfe einer Strafe unterliegt, immer nur als entfernter Versuch geahndet werden soll.

b) Die zweite und bemerkenswerthere Eigenthümlichkeit aber liegt in dem gänzlichen Stillschweigen des Entwurfs über die andere Hauptclasse der untauglichen Versuchshandlungen, d. h. über diejenigen Fälle, wo das verbrecherische Unternehmen an der Ungeeignetheit des Gegenstandes der

---

mit der im Bad. Entwurf aufgestellten keineswegs identisch ist — und auch jetzt noch behauptet, daß nur die Sicherungstheorie zur Bestrafung des Versuchs mit untauglichen Mitteln komme.

336) Also hat man doch dieser Präventionsrücksicht einen, wenn auch nur theilweisen, Einfluß nicht versagen wollen.

Digitized by Google

Verletzung scheiterte und scheitern mußte. Es ist dies eine Lücke, welche um so mehr auffällt, als man es doch für rathsam gehalten hat, sich über den Einfluß des Irrthums in den Mitteln auszusprechen, und die hiermit ohnehin in genauem Zusammenhange stehende Frage, was im Fall einer wegen irrthümlich vorausgesetzter Eigenschaften des Objects eingetretenen Consummations-Unmöglichkeit Rechtens sey, nicht weniger controvers ist, als jene erstere. Zwar meint der neueste Beurtheiler [337]), unstreitig seien die Verfasser des Entwurfs nicht der Meinung gewesen, ein solches Handeln für gleich strafbar mit dem Verbrechen am geeigneten Gegenstande zu halten (— gewiß nicht! —), sondern die Grundsätze vom Versuch dabei anzuwenden, und da nun die Strafbarkeit eines Versuchs im Allgemeinen anerkannt sei, so habe es einer ausdrücklichen Entscheidung hierüber nicht bedurft. Allein einmal ist es ja eben streitig, ob die im Entwurf übergangenen Fälle einen Versuch, oder wenigstens einen strafbaren Versuch enthalten, und sodann dürfte, auch abgesehen hiervon, die jener Schlußfolgerung zu Grunde liegende Prämisse wohl kaum den Sinn der Verfasser des Entwurfs getroffen haben. Auf consequente Durchführung eines Princips hat man durch die theilweise Anerkennung der Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln einmal verzichtet, und es kann nun hieraus auf die unerwähnt gebliebenen Fälle gar nicht mit Sicherheit geschlossen werden. Berücksichtigt man aber, daß der Ent-

337) Heffter a. a. O. p. 340.

Digitized by Google

wurf von einer Bestrafung **ad exemplum legis** nichts weiß, daß er ferner laut §. 91. und 92. Handlungen, wodurch die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens blos *vorbereitet* wird, ausschließt von dem Gebiete des strafbaren Versuchs, und diesen letzteren erst mit dem *Anfang* der *Ausführung* des Verbrechens beginnen läßt, und nimmt man dazu noch die Bemerkungen, welche *Mittermaier* zu dem Art. 25. des gleichzeitigen Sächsischen Entwurfs macht [338]); so muß man wohl annehmen, der Badensche Entwurf habe durch sein Schweigen über die oben näher bezeichneten Fälle zu erkennen geben wollen, daß dieselben aus dem Gesichtspunkte eines verbrecherischen Versuchs *nicht* zu beurtheilen, sondern für unsträflich zu halten seien.

8) Ob endlich der Entwurf für das Großherzogthum *Hessen* vom J. 1836 unter seinen Bestimmungen über den Versuch etwas hierher Bezügliches enthalte, ist uns nicht gelungen in Erfahrung zu bringen; dagegen spricht sich der jetzt zur definitiven Berathung und Sanction vorliegende

---

338) Es heißt nämlich an dem Anm. 385. a. O. das besondere Hervorheben des Falles im Art. 25. deute darauf, daß man diesen Fall nicht wie einen Versuch betrachten, aber ihn doch strafen wolle; dazu sei aber kein Grund da; entweder müsse man consequent, wie im Fall der Wahl untauglicher Mittel, ebenfalls Versuch annehmen, wenn Jemand den bösen Willen äußerlich nur auf eine Art aussprach, daß er Alles that, was von ihm abhing, oder man müsse den Fall *um so mehr als straflos erkennen, als kein Thatbestand des Verbrechens vorhanden sei.*

Digitized by Google

Entwurf eines Straf-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, in einem besonderen Paragraphen des allgemeinen Theiles, sicherem Vernehmen nach dahin aus, daß weder durch die Untauglichkeit der Mittel, noch durch die Ungeeignetheit des Gegenstandes die Strafbarkeit des verbrecherischen Versuchs ausgeschlossen werde.

Gedruckt bei E. Polz, in Leipzig.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite 79 Zeile 8 v. unten lies §. 9. ſtatt §. 10.
— 97 Zeile 9 lies ein ſtatt im.
— 99 — 3 v. unten l. Denn ſt. Die.
— 103 — 13 l. noch ſt. nach.
— 104 — 3 v. unten l. daß Künftigem ſt. des Künftigen.
Ebendaſ. l. den ſt. der.
— 111 Zeile 6 l. Interpretation ſt. Interpretat.
Ebendaſ. Z. 11 iſt nach dem Worte „gegen" der Art. „die" ausgefallen.
— 114 Zeile 4 v. unten l. worden ſt. werden.
— 116 — 10 lies Gewehr ſt. Gewahr.
— 118 — 3 v. u. l. worden ſt werden.
— 125 — 5 l. artes ſt. artis.
— 126 — 15 l. falſchen ſt. ſolchen.
— 127 — 8 l. vergreift ſt. vorgreift.
— 130 — 3 l. im Röm. Beweisſyſteme ſt. in Röm. Beweisſyſtemen.
— 133 — 2 v. u. l. nur ſt. nun.
— 134 — 8 lies L. 3. §. 1. ſtatt L. 3. 5. 1.
— 135 — 16 l. ſpätere ſt. pätere.
— 136 — 2 l. konnte ſt. könnte.
— 139 — 10 v. unten l. contrectirt ſt. contractirt.
— 141 — 4 l. vorgenommen ſt. angenommen.
Ebendaſ. Z. 11 l. ſtrafbaren ſt. ſtrafbarer.
Ebendaſ. — 15 l. Contrectirenden ſt. Contractirenden.
— 142 — 4 v. u. ganz derſelbe Fehler.
— 149 — 7 iſt nach dem Worte „nichtig" das Wort „war" ausgefallen.
— 151 — 7 lies erklärter ſt. erklärbar.
— 158 — 9 l. aliquid ſt. aliquod.
— 164 — 2 l. herrühre ſt. herrühren.
— 191 — 1 v. u. l. falsitas ſt. falsitus.

Digitized by Google